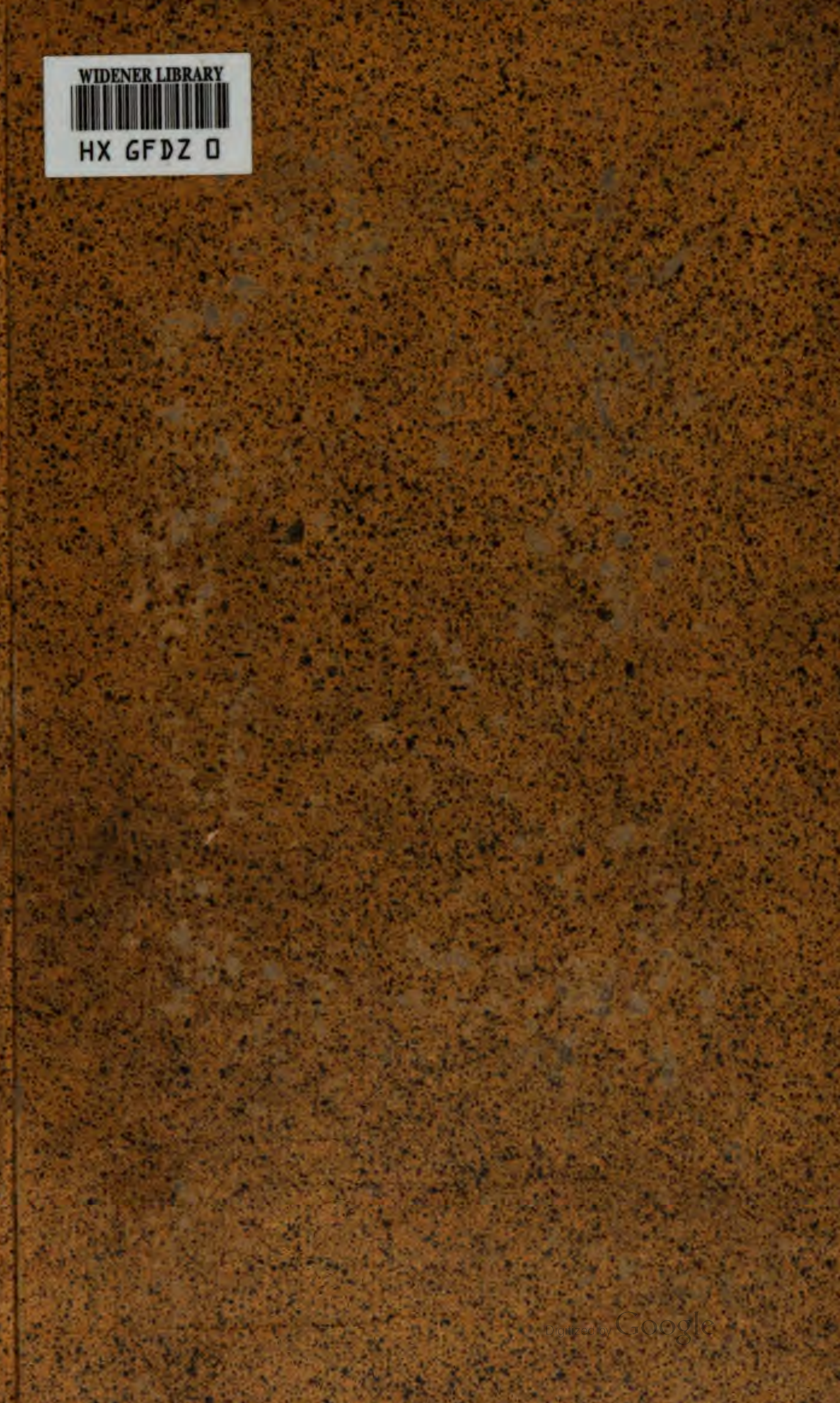
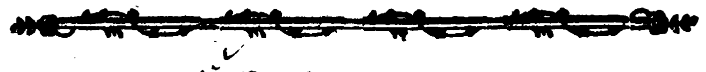

WIDENER LIBRARY
HX GFDZ O
Digitized by Google


SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von
D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Neunten Theils erste Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm
1808.

Lib. VII. Tit. I.

De usufructu, et quemadmodum quis utatur fruatur.

§. 620.

Entwickelung des Begriffs von *Servitus* oder Dienstbarkeit.

Von der Vindikation körperlicher Sachen oder den Eigenthumsklagen kommen die Verfasser der Pandecten auf diejenigen Realklagen, die wegen der Servituten Statt haben. Ulpian [1]) rechnet dahin, die *actio confessoria* und *negatoria*. Allein es ist, wie schon an einem andern Orte [2]) bemerkt worden ist, im Grunde die Eigenthumsklage, womit man die Freyheit des Eigenthums von einer Servitut behauptet [3]). Hingegen ist die *actio confessoria* die eigentliche vindicatio servitutis, welche aus dem Rechte der Dienstbarkeit selbst entspringt. Indessen ist von beyden hier zu handeln. Es ist nun zu-

vor-

1) *L. 2. pr. D. Si servitus vindicet.* De servitutibus in rem actiones competunt nobis tam confessoria, quam negatoria: *confessoria* ei, qui servitutem sibi competere contendit: *negatoria* domino, qui negat.

2) S. im 8ten Theil §. 576. Not. 61. S. 26.

3) Vergl. Hugo Lehrbuch der Pandecten. (Dritte Aufl. Berlin 1805.) §. 195.

vörderst eine genaue Erörterung der Lehre von Servituten vorauszuschicken. Diese Lehre ist eine von denen, deren Entwickelung mit nicht geringen Schwierigkeiten verknüpft ist, und sie kann mit Recht ein Meisterstück des juristischen und philosophischen Geistes der Römer genennt werden. Im Ganzen ist sie vom **Westphal** [4]) meisterhaft bearbeitet worden. Doch verdient auch **Joh. D'Avezan** [5]) empfohlen zu werden. **Emund Merill** [6]), **Janus a Costa** [7]) und **Franz Ramos del Manzano** [8]) erläutern hingegen blos den ersten Titel des 8ten Buchs de Servitutibus, und zwar letzter wissenschaftlich, die beyden erstern aber exegetisch. Bey weitem gründlicher ist jedoch die wissenschaftliche Entwickelung der Lehre des römischen Rechts von den dinglichen Dienstbarkeiten vom Herrn Prof. Zachariä [9]). Die Schriften über einzelne Materien werde ich am gehörigen Orte anzeigen.

Es kommt nun zuvörderst auf den Begriff von Servitut oder Dienstbarkeit an. Hier ist vor allen Dingen

4) Interpretationes iuris civ. de libertate et servitutibus praediorum artis ordine digestae. *Lipsiae* 1773. 8.

5) Servitutum liber in *Ger.* MEERMANI *novo Thes. iuris civ. et canon.* Tom. IV. pag. 119. sqq.

6) Ad Tit. Dig. de Servitutibus Commentarius: in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 634. sqq.

7) Ad Tit. 1. Libr. 8. D. de Servitutib. mit *B.* VOORDA Anmerkungen in *Iani a* COSTA *Praelection. ad illustriores quosdam Titulos locaque selecta iuris civ. Lugd. Batav.* 1773. 4.

8) Commentar. ad tit. D. de Servitutibus. in *Ger.* MEERMANI *Thes. cit.* Tom. VII. pag. 43. sqq.

9) In Hugo civilistischen Magazin 2. Band. S. 328. ff.

gen zu bemerken, daß der Begriff von Servitut im Personenrecht, von dem im Sachenrecht ganz verschieden sey; beyde dürfen daher nicht, wie vom Bartolus geschehen ist, mit einander verwechselt werden. Dort hieß *Servitus* (Sklaverey) der Zustand eines Menschen, vermöge dessen er sich in dem Eigenthum eines Andern befindet. Von dieser konnte man mit Wahrheit sagen: *domino res sua servit.* Denn auch Sklaven wurden als Sachen betrachtet. Sie waren die eigene Sache ihres Herrn. Dahingegen widerstreitet es der Natur einer Servitut im Sachenrecht, daß dem Eigenthümer seine eigene Sache diene. Vielmehr ist eine Sache für desto freyer zu halten, je unumschränkter der Eigenthümer darüber zu verfügen berechtiget ist. Hier sagt man nur dann, die Sache sey dienstbar, wenn das Verfügungsrecht des Eigenthümers durch fremde Einwirkung beschränkt wird, so daß derselbe zum Nutzen eines andern Subjects nicht alles das thun darf, wozu er sonst als Eigenthümer berechtiget seyn würde.

Hier wird also Servitut der Freyheit des Eigenthums entgegengesetzt, von welcher letztern an einem andern Orte [10]) gehandelt worden ist, und darunter im eigentlichen Sinn eine die Freyheit des Eigenthums beschränkende moralische Eigenschaft einer Sache verstanden, vermöge welcher der Eigenthümer derselben, zum Vortheil eines Andern, in gesetzmäßiger Art etwas zu leiden oder

10) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 576. S. 44. Ist eine Sache von aller Dienstbarkeit frey, so heißt sie *res optima maxima.* *L. 90. et L. 169. D. de Verb. Signific.*

zu unterlassen verpflichtet ist [11]). Ulpian [12]) drückt in dieser Hinsicht das Wesen der Servitut sehr richtig aus, wenn er sagt, es sey eine qualitas rei *impositita*, qua quis *ius suum deminuit*, alterius auxit.

So wie nun durch jede Servitut auf der einen Seite das Recht des Eigenthümers, der sie auf seiner Sache leiden muß, vermindert wird; so begründet sie auf Seiten desjenigen, zu dessen Vortheil sie bestellet worden ist, ein dingliches Recht, eine fremde Sache innerhalb den bestimmten und gesetzmäßigen Gränzen zu benutzen, und da aus diesem dinglichen Rechte nur eigentlich die vindicatio servitutis, d. i. die *actio confessoria* entspringt, so ist daher zu erklären, warum die römischen Rechtsgelehrten sich unter einer Servitut immer nur ein Recht gedenken. Daher sagt z. B. Cajus [13]): Creditori, cui pignoris nomine praedium tenetur, permittendum est, *de iure*, id est, *de servitute*, opus novum nunciare: *nam ei vindicatio servitutis datur*; und Paulus [14]) sagt: Usus fructus est *ius* alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Es geschieht demnach im uneigentlichen Sinn, wenn

11) Ueber den Begriff vergleiche man *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. IX. cap. 21. pag. 476. *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 2 (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 658. sq.) *Io.* D'DAVEZAN Servitutum liber P. II. Cap. 1. (bey MEERMANN T. IV. pag. 125.) *Arn.* VINNII Commentar. ad Institut. Lib. II. Tit. 2. nr. 5. und *Io. Frid.* WAHL Diss. de Servitutibus. *Goettingae* 1748. Meletem. I.

12) *L. 5. §. 9. in fin. D. de operis novi nunciat.*

13) *L. 9. D. eodem.*

14) *L. 1. D. h. t.*

wenn Servitut, für Dienstbarkeitsrecht, *ius servitutis*, genommen, das dingliche Recht auf einer fremden Sache genennt wird, welches dem Eigenthümer die Pflicht auflegt, zum Vortheil eines Andern entweder etwas zu leiden, und zu gestatten, was er sonst, als Eigenthümer, nicht zu leiden und zu gestatten schuldig wäre, oder etwas zu unterlassen, wozu er sonst, als Eigenthümer, befugt wäre. Wenn Hellfeld sagt: SERVITUS *est ius reale, utilitatem percipiendi ex re aliena*, so ist dieser Begriff nicht genau genug bestimmt. Denn zum genauen Begriff gehört auch noch, daß die Benutzung der fremden Sache durchaus nur in einem Rechte auf das Leiden, oder auf das Nichtthun des Eigenthümers bestehen muß [15]).

Eine Servitut ist also

1) ein dingliches Recht, welches dem Berechtigten vermöge einer der dienenden Sache inhärirenden Qualität zusteht. Sie kann daher nach der Regel: res cum sua causa transfertur [16]), gegen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht werden. Bin ich hingegen blos *ex iure obligationis* befugt, eine fremde Sache zu benutzen, z. B. weil sie mir geliehen oder verpachtet worden ist, so muß zwar auch der Eigenthümer etwas leiden, allein mein Recht ist keine Servitut, denn es hört auf,

 wenn

15) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 60. (der dritten Aufl.)

16) *L. 67. D. de contrah. emt. L. 20. §. 1. D. de acquir. rer. dom.* In dieser letztern Stelle heißt es: Quoties dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, *quale fuit apud eum, qui tradit.* Si *servus* fuit fundus, *cum servitutibus transit*; si liber, uti fuit.

wenn der Eigenthümer seine Sache veräußert, und der Käufer mir es nicht ferner gestatten will.

2) Bey einer Servitut ist immer eine Sache Object des Rechts. Sie kann daher nicht auf der Person des Eigenthümers ruhen. Ein Versprechen des Eigenthümers einer Sache, daß er und alle künftige Besitzer seiner Sache, zu Gunsten einer andern Person oder Sache, gewisse dem Promissar vortheilhafte positive Handlungen leisten wollen, würde zwar den Promittenten, und etwa auch desselben Erben verbinden, so wie dem Promissar und allenfalls desselben Erben ein Recht geben; keinesweges aber kann es den Singularsuccessoren beyder Contrahenten nachtheilig oder nützlich seyn. Denn es ist ein Grundsatz des römischen Rechts, daß Niemand aus den Verträgen eines Dritten ein Recht erwerben, noch vollkommen daraus verpflichtet werden könne. Es kann also eine auf die Person der Contrahenten eingeschränkte Verbindlichkeit keine Servitut seyn, weil sie der Natur einer Dienstbarkeit widerstreitet, als welche allen Besitzern der dienenden Sache eine Last auflegen soll. Hieraus erklärt sich der Grundsatz des römischen Rechts: *Nullam servitutem in faciendo consistere posse* [17].

3) Jede Dienstbarkeit ist ein Recht an einer fremden Sache. Daher kann man auf seiner eignen Sache keine

17) *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* Man vergleiche hier vorzüglich Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 2. Abh. Schömans Handbuch des Civilrechts. 1. B. Nr. VII. S. 378. ff. und Zachariä wissenschaftl. Entwickelung §. 10. bey Hugo im civilist. Magazin 2. B. S. 337. f.

keine Dienstbarkeit ausüben. Es ist vielmehr ein unbezweifelter Grundsatz: *rem suam nemini servire* [18]), ohne welchen viele Gesetze [19]) nicht verstanden werden können. An einer gemeinschaftlichen Sache hingegen läßt sich insofern allerdings eine Servitut erwerben, als der eine Theilhaber dem andern ein besonderes Recht an der gemeinschaftlichen Sache einräumt, welches er sonst vermöge der Gemeinschaft nicht gehabt haben würde [20]). Es kann auch die eigene Sache des einen Miteigenthümers der gemeinschaftlichen, so wie die gemeinschaftliche Sache der

18) *L. 5. pr. D. Si usufruct. petat.* Qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet; *nec enim potest ei suus fundus servire.* Der Nießbrauch, der dem Eigenthümer an seiner Sache zusteht, ist ein Recht des Eigenthums, keine Servitut; daher kommt dem Eigenthümer gegen den, welcher ihn in der Ausübung desselben hindert, nicht die confessorische, sondern die negatorische Klage zu. S. WESTPHAL de libert. et servit. praedior. §. 966.

19) Daraus sind z. B. *L. 42. §. 1. D. de usufr. L. 10. D. de usu et usufr. leg.* zu erklären. S. WESTPHAL §. 533.

20) *L. 10. D. usufruct. quemadm. caveat.* wo es heißt: Si servi, qui nobis communis erat, *usumfructum* tibi legavero: *necessaria erit haec cautio* (usufructuaria) *heredi meo.* Quamvis enim de proprietate possit communi dividundo experiri: tamen causa usufructus, *qui tuus proprius est*, ad officium communi dividundo iudicis non pertinebit. Daß hier von dem usufructu formali die Rede sey, beweist die hier anerkannte Nothwendigkeit der Caution. Es läßt sich also nicht schlechthin mit THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 604. behaupten, daß man auf eine gemeinschaftliche Sache keine Servitut erwerben könne, man sehe vielmehr WESTPHAL §. 536.

eigenen dienstbar seyn [21]). Keineswegs aber können die aus der Communion herfliessenden Rechte in dem Verhältniß als Servituten zu einander betrachtet werden, so daß deshalb unter den Miteigenthümern die confessorische Klage Statt hätte; sondern hier muß ein Socius gegen den andern mit der actio communi dividundo seine Rechte verfolgen, wenn der Beklagte gegen den Willen des Klägers auf der gemeinschaftlichen Sache ein nachtheiliges Werk unternimmt [22]). Auf eine Servitut hingegen

21) *L. 27. pr. D. de Serv. praed. urb.* Sed si inter me et te communes sunt Titianae aedes: ex his aliquid non iure in alias aedes meas proprias immissum sit: nempe tecum mihi agere licet, aut rem perdere. Idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset proiectum: mihi enim soli tecum est actio. Hier ist nicht, wie FABER in Rational. ad h. L. irrig meint, von der actio communi dividundo, sondern von der negatoria die Rede, und das rem perdere heißt nicht libertatem praedii amittere, sondern opus factum destruere, welches zur Vertheidigung des Besitzes erlaubt ist. S. WESTPHAL §. 536. Not. 483. pag. 331. sq.

22) *L. 26. D. de servit. praed. urb.* In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quidquam invito altero potest, neque prohibere, quominus alter faciat: *nulli enim res sua servit.* Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit, sed per *communi dividundo actionem* consequitur socius, quominus opus fiat: aut ut id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest, opus tolli. Daß diese Stelle von der actio confessoria rede, welche unter Miteigenthümern nicht Statt findet, bemerkt auch WESTPHAL c. l. Not. 481. pag. 331. Daß hingegen die actio communi dividundo die hier passende Klage sey, erhellet aus *L. 28. D. commun. divid.*

gegen kann keine neue Dienstbarkeit, sondern nur allenfalls ein persönliches Recht auf Lebenszeit erworben werden [23]).

4) Das Recht, welches uns vermöge der Servitut auf einer fremden Sache zusteht, kann nur entweder darin bestehen, daß der Eigenthümer derselben etwas leide, oder daß er etwas unterlasse. Denn da das Eigenthum nur a) freyes Selbsthandeln des Eigenthümers im Betreff seiner Sache, und b) Ausschliessung eines jeden Dritten von aller Rechtsausübung im Betreff derselben enthält; so kann nothwendig die Beschränkung desselben, und Entäußerung der Eigenthumstheile, welche die Dienstbarkeit enthält, auch nur darin bestehen, daß der Eigenthümer entweder a) einer ihm sonst zuständigen Disposition über seine Sache sich enthalte, ohne positive Uebertragung derselben auf einen Dritten, z. B. sein Haus nicht höher baue; oder daß er b) leidet, daß ein Dritter dieselbe ausübe, ohne denselben ausschliessen zu dürfen, z. B. die Früchte der Sache sich zueigne, über des andern Grundstück gehe oder fahre. In jenem Falle wird die Servitut eine negative, in diesem aber eine affirmative genennt. Hieraus erklärt sich nun auch ganz natürlich, warum

23) *L. 1. D. de usu et usufr. legat.* Nec usus nec ususfructus itineris, actus, viae, aquae ductus legari potest, *quia servitus servitutis esse non potest.* Nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit. *Sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem praestet.* Die actio incerti ist die actio personalis ex testamento. S. WESTPHAL §. 538. pag. 333.

um auch der successor singularis das Recht der Dienstbarkeit anerkennen muß. Denn jeder ist befugt, von seinem Eigenthum so viel wegzugeben, als ihm beliebt. Hat sich nun der Eigenthümer eines oder mehrerer Theile seines Eigenthums vertragsmäßig begeben, es sey nun, daß er solche entweder blos von dem Eigenthum abgerissen, oder daß er die Ausübung der losgerissenen Theile auf einen Andern oder desselben Sache übertragen habe, so ist dadurch das Eigenthum beschränkt, und ein fortdauerndes Verhältniß des Nichtmehrvorhandenseyns ehemals dagewesener Eigenthumstheile, und zwar zu Gunsten einer Person oder Sache, eingeführt. Wie nun der künftige Erwerber der dienenden Sache das Eigenthum derselben mehr oder weniger beschränkt findet, so, und nicht anders, steht es ihm zu [24]). Noch ist jedoch zu bemerken, daß das Recht der Servitut zuweilen auch eine Disposition über die Substanz der Sache enthalten kann, sofern es die Art der eingeräumten Benutzung mit sich bringt [25]). So z. B. darf der Nutznießer eines Landguts die auf demselben befindlichen Weinberge und Baumgärten allenfalls eingehen lassen, und an deren Stelle Metallgruben und dergleichen anlegen, wenn etwa letztere größern Gewinn gewähren, als die Weinberge und Baumgärten, und sonst in Beziehung auf die ganze Bewirthschaftung des Guts für den Proprietär kein Nachtheil aus dieser Veränderung entsteht. Denn durch eine solche Umschaffung von Anlagen

24) Man vergleiche Schömans Handbuch des Civilrechts. 1. Band. Nr. VII. S. 381. f. und Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Th. 2. Abh. S. 33. f.

25) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 603.

gen auf einem Gute, die schon einmal zur Gewinnung von Einkünften bestimmt sind, in andere, wodurch die Einkünfte in der That vermehrt werden, hört das Grundstück nicht auf ein Landgut zu seyn, vielmehr ist eine solche Veränderung meistens für jeden Besitzer des Guts zuträglich. Hierher gehört die neuerlich in Streit gezogene Stelle Ulpians [26]), in welcher es heißt: Inde est quaesitum, an lapidicinas vel cretifodinas ipse usufructuarius instituere possit? Et ego puto, etiam ipsum instituere posse, *si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est.* Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi

26) *L. 13. §. 5. D. de usufr.* Hr. Hofr. Feuerbach in den civilist. Versuchen 1. Th. Nr. IV. S. 135. glaubt, diese Stelle stehe mit andern Stellen Ulpians im Widerspruch, in welchen dieser Jurist die Befugniß des Nutznießers in Ansehung vorzunehmender Veränderungen dergestalt beschränkt; daß obiger Ausspruch damit überall nicht zu vereinbaren sey. Man vergleiche z. B. *L. 7. §. 3. L. 8. D. de usufr. L. 44. L. 61. D. eodem.* Er schlägt daher eine Veränderung in der Interpunction, so wie in der Abtheilung der Worte dieses Fragments vor, wodurch aller Widerspruch gehoben werden könne. Allein wie wenig in den angeführten Fragmenten ein wahrer Widerspruch vorhanden sey, wenn man mit Ulpian zwischen Landgütern und Gebäuden unterscheidet, bey welchen letztern sich der Nutznießer freylich blos auf das Erhalten des vorhandenen (*tueri*, quod accepit) einzuschränken hat, und wie wenig daher eine Veränderung in der gewöhnlichen Interpunction und Abtheilung der Worte der angef. *L. 13. §. 5.* nöthig sey, hat Herr OARath Hagemeister in einer lesenswürdigen Abhandlung über Fr. 13. §. 5. D. de usufr. und dessen neueste Emendation bey Hugo im civilist. Magazin 3. B. 3. Heft. Nr. XIII. S. 257. ff. aus ganz einleuchtenden Gründen gezeigt.

modi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri et argenti, et sulphuris, et aeris et ferri, et caeterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, *si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deiicere poterit; siquidem ei permittitur, meliorare proprietatem.*

5) Jede Servitut, wenn sie als solche gelten soll, muß immer einem bestimmten Subject zum Nutzen gereichen. Es kann daher keine Dienstbarkeit gültig constituirt werden, wobey nicht der Erwerbende irgend ein, auf Gewinn oder Annehmlichkeit berechnetes Interesse hat. Es lehrt dies nicht nur schon die Natur der Sache selbst, weil ein Recht überhaupt (materialiter) ein Mittel zu einem gewissen Zwecke ist; sondern die Gesetze erfordern auch dieses zur Gültigkeit einer Servitut ausdrücklich. Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, sagt Pomponius [27]), *quia nihil vicinorum interest*, non valet: veluti, *ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas.* Et ideo, si mihi concedas, *ius tibi non esse fundo tuo uti frui*, nihil agitur: aliter atque si concedas mihi, *ius tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere*, minuendae aquae meae gratia. Zwar scheint dagegen aus einer andern Stelle ein nicht unerheblicher Einwurf gemacht werden zu können. Denn so sagt Labeo [28]): Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, *etsi non utilis sit*, posse existimo; veluti si aquam alicui ducere non expe-

27) *L. 15. pr. D. de Servitut.*

28) *L. 19. D. eodem.*

expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim *debere* [29]) *habere possumus*, quamvis ea *nobis* utilia non sunt. Allein bey einer nähern Betrachtung dieser Stelle ergiebt sich daraus nur soviel, daß eine Servitut schon dann constituirt werden könne, wenn nur überhaupt das Grundstück, insofern nämlich ein solches das Subject des Rechts ist, dadurch gewinnt, daß es aber gleichgültig sey, ob gerade dieser Besitzer einen Nutzen daraus ziehe [30]). Sie bestätigt also vielmehr den Grundsatz, daß das Recht, welches ein Grundstück durch eine Servitut erwirbt, jederzeit ein diesem Grundstücke, also nicht blos diesem oder jenem Besitzer desselben, nützliches Recht seyn müsse, das heißt, daß es sich als ein Mittel zu den durch die Natur des Grundstücks bestimmten Zwecken desselben verhalten müsse. Es folgt hieraus weiter, daß eine Servitut, die einen blos zufälligen und willkührlichen Genuß dieses oder jenes Eigenthümers zum Zweck hat, nicht constituirt werden könne. Paulus [31]) sagt: Ut pomum decer-

29) Das *debere habere* erklärt IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 74. durch habere ius faciendi quid in alieno, percipiendive ex alieno; oder habere aliquem obstrictum ad nobis, ubi velimus, praestandum quid permittendumve.

30) S. Zachariä wissenschaftl. Entwickelung §. 5. bey Hugo im civilist. Magazin 2. Band S. 334.

31) *L. 8. pr. D. de Servitut.* Man stelle sich hier den Fall vor: A. hat ein Landgut, worauf, wie immer, Platz genug zum spatziren gehen, speisen, und Obst zum Abpflücken in Menge ist. Er weiß nicht, was er vor lieber langer Weile thun soll, und hat, wie es oft bey den reichen Landedelleuten der Fall ist, thörigte

cerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. Ganz recht; denn hier wäre ja die Servitut kein Mittel, wodurch die Zwecke des Eigenthümers, als Eigenthümers, erreicht würden [32]). Keineswegs aber läßt sich hieraus folgern, daß eine Servitut nicht der bloßen Annehmlichkeit wegen errichtet werden könne. Nicht nur **Pomponius** [33]) sagt das Gegentheil ausdrücklich: Hoc iure utimur, sind seine Worte, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris caussa, vel *amoenitatis* aqua duci possit; sondern es läßt sich dieser Satz auch schon darum mit Grund nicht bezweifeln, weil bekanntlich die römischen Juristen über die Rechtmäßigkeit der Servitus prospectus et ne prospectui officiatur vollkommen einverstanden waren [34]). Es ist auch ganz unerweislich, wenn **Noodt** [35]) behaupten will, daß nach

thörigte Gelüste. Er läßt sich also von seinem Nachbar die genannte Servitut einräumen. Mit Recht, sagt **Paulus**, könne eine solche Servitut nicht als ein dem Landgut erworbenes Recht bestehen, weil dabey das Grundstück nichts gewinnt, und nicht vorauszusetzen ist, daß jeder nachfolgende Besitzer eben so kindisch seyn werde, wie es sein Vorgänger war.

32) S. **Zachariä** §. 6. bey **Hugo** S. 335. Man vergleiche auch *Lud.* VITALIS Lection. variar. Lib. II. cap. 2. nr. 14. (in *Ev.* OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. II. pag. 662.) und WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 589.

33) *L. 3. pr. D. de aqua quotidiana.*

34) *L. 3. L. 15. et 16. D. de servitut. praed. urb.*

35) Probabil. Lib. I. cap. 2. et 3. Gleichwohl hat diese Hypothese bey vielen neuern Rechtsgelehrten Eingang gefunden. Man s. **Höpfners** Commentar über die Institut. §. 347.

nach der Strenge des ältern Rechts eine servitus amoenitatis causa constituta unzulässig gewesen, und solche erst nach dem neuern, auf prätorischer Billigkeit beruhenden, Gerichtsgebrauche durch Interdicte geschützt worden sey, welche Meinung von Thibaut[36]) gründlich widerlegt worden ist.

6) Das Subject, welchem das Recht der Dienstbarkeit zusteht, kann entweder eine Person, oder eine Sache seyn. Daher sind die Servituten theils persönliche, theils dingliche, von welcher Eintheilung unser Verf. im folgenden §. handelt.

§. 621.

Persönliche und dingliche Servituten. Was sind servitutes *irregulares* seu *extraordinariae?*

Steht eine Servitut blos dem Berechtigten für seine Person zu, so lange er lebt, so wird sie eine persönliche, *servitus personalis*, genannt. Steht hingegen die Dienstbarkeit einem Grundstücke auf einem andern Grundstück dergestalt zu, daß sie im Ganzen jedem Besitzer vom Werth, nützlich oder angenehm, ist, und daher von jedem Besitzer ausgeübt werden kann, so heißt sie eine dingliche, *servitus realis*[37]). Persönliche Dienstbarkeiten werden

36) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Band 1. Abhandl.

37) *L. 6. L. 36. D. de Serv. praed. rusticor. L. 12. D. Commun. praed.* S. Zachariä wissenschaftliche Entwickelung §. 1. bey Hugo im civ. Mag. II. 329. WESTPHAL §. 522.

den in den Gesetzen *servitutes personarum* [38]), auch *servitutes hominum* [39]) genennt; dingliche Dienstbarkeiten hingegen heißen *servitutes rerum* [40]), auch *servitutes praediorum* [41]), ja sie werden vorzugsweise durch den Namen SERVITUTES schlechthin bezeichnet [42]). Wir bemerken von den letztern Folgendes.

1) Keine Realservitut kann an irgend einer beweglichen Sache zustehen.

2) Zum Wesen derselben wird schlechterdings erfordert, daß sie für jeden Besitzer ein Interesse haben müsse. Hat sich der jetzige Eigenthümer blos zu seinem Vergnügen oder zum Behuf seines Gewerbes eine Servitut auf dem Grundstück seines Nachbars einräumen lassen; so kann eine solche Servitut nicht als Realdienstbarkeit bestehen, weil sie nicht für jeden Besitzer der Sache

38) *L. 1. D. de Servitut.* Servitutes aut *personarum* sunt, ut usus et usufructus; aut *rerum*, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.

39) *L. 15. D. de Servitut.*

40) *L. 1. cit. eod.*

41) *§. 3. I. de Servitut.* Ideo autem hae *servitutes praediorum* appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium. *L. 1. §. 1. D. Commun. praedior.*

42) Z. B. in der Rubrik des Titels der Pandecten *de servitutibus.* Ferner *de servitute legata.* Aus dieser Bemerkung erhalten manche Stellen der Pandecten ihr Licht. Z. B. *L. 44. D. Locati. L. 8. D. de Servitut.* S. *Abr.* WIELING Lection. iur. civ. Lib. I. cap. 17. pag. 58. und HOFACKER T. II. §. 1082. not. b.

che ein Interesse hat. Sie giebt also blos dem Erwerber ein persönliches Recht [43]), oder die Servitut wird als eine bloße Personalservitut angesehen [44]).

3) Bey einer jeden Realservitut kommen zwey Grundstücke vor, die sich zu einander als Subject und Object des Rechts verhalten,

a) das berechtigte oder herrschende Grundstück (*praedium dominans*), dem das Recht der Dienstbarkeit zusteht; und

b) das verpflichtete, oder dienstbare Gut, (*praedium serviens*) worauf die Last der Servitut haftet, und dessen Besitzer die Servitut leiden müssen. Dieses ist also das Object des Rechts, jenes das Subject des Rechts. Beyde Grundstücke müssen nun aber auch schon ihrer natürlichen Lage nach dazu geeigenschaftet seyn, daß eins dem andern dienen kann. Daher die Regel: *praedia debent esse vicina* [45]). Jedoch wird dazu nicht immer

43) *L. 8. pr. D. de Servitut.* S. *Iac.* CUJACII Observat. Lib. XXIV. cap. 22. *Lud.* VITALIS Lection. var. iuris civ. Lib. II. cap. 2. nr. 14. bey *Ev.* OTTO in *Thes. iur. Rom.* T. II. p. 662. und WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 589. not. 523. pag. 376.

44) *L. 6. D. de Servitut. praedior. rust.* S. Thibaut Versuche 1. Band S. 9. u. 22.

45) *L. 38. D. de servit. praed. urb.* sagt Paulus: Si aedes meae a tuis aedibus tantum distent, ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat: servitus imponi non potest. Nemo enim, heißt es weiter *L. 39. sq.*, propriis aedificiis servitutem imponere potest, nisi et is, qui cedit, et is, cui

immer gerade Angränzung erfordert, sondern es muß nur das dienende Gut in paßlicher Nähe bey dem herrschenden liegen, so daß letzteres den bestimmten Nutzen aus dem erstern ziehen kann [46]). Auch darf eine Realservitut nicht über die Bedürfnisse des berechtigten Guts ausgedehnt, und überhaupt nie weiter eingeräumt werden, als so weit sie mittelst des berechtigten Grundstücks Nutzen bringt [47]).

4) Zu-

cui ceditur, in conspectu habeant ea aedificia, ita ut officere alterum alteri possit. Und *L. 7. §. 1. D. de Servit. praed. rust.* sagt eben dieser röm. Jurist: In rusticis autem praediis impedit servitutem medium praedium, quod non servit. Es ist nämlich daselbst die Rede von der servitute itineris, actus, et viae.

46) *L. 5. §. 1. D. de servit. praed. rustic.* sagt Neratius: Nec haustum pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae, calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat. Hier kann doch gewiß von keiner Angränzung die Rede seyn; sondern der Satz, von welchem Neratius bey seiner Behauptung ausging, war ganz allein der, daß dem rechtlichen Verhältniß beyder Grundstücke, auch schon ihre natürliche Lage angemessen seyn müsse. Noch deutlicher erhellet dies aus *L. 6. pr.* und *L. 7. §. 1. D. Communia praedior.* S. NOODT Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 4. Zachariä wissenschaftl. Entwickelung §. 12. und Heinr. Georg Wittich System des heutigen Civilrechts. 2. Band §. 199. S. 47. ff.

47) *L. 5. §. 1. D. de servit. praed. rustic.* sagt: Ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, *non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.* Und *L 24. D. eod.* heißt es: Ex meo aquae ductu, *Labeo* scribit, cuilibet posse me vicino commodare. *Proculus* contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit. *Proculi* sententia verior est. NOODT Probabil. Lib.

4) Zuweilen kann eine Servitut, die sonst gewöhnlich eine dingliche ist, demjenigen blos als eine persönliche ertheilt werden, der kein benachbartes Grundstück besitzt. Solche Servituten nennt man dann *irregulares*, *extraordinarias*, oder *anomalas*[48]), und sind insofern wahre Dienstbarkeiten, daß sie ein dingliches Recht auf der damit beschwerten fremden Sache geben, welches auch durch die confessorische Klage geltend gemacht werden kann, nur daß es mit der Person des Berechtigten erlöscht. So z. B. sind die servitutes pecoris pascendi, et ad aquam appellendi, ferner aquae haustus, gewöhnlich Prädialdienstbarkeiten[49]). Allein sie können auch eben so gut, als blos *persönliche* ertheilt werden. Zwar scheint Ulpian[50]) das Gegentheil zu lehren, wenn er sagt: Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personae; tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. Allein, wenn gleich viele[51]) diese

Lib. I. cap. 2. et 3. meint zwar, der billige Gerichtsgebrauch sey in der Folge von diesem Rechtssatz abgewichen, allein ohne Grund. S. Thibaut Versuche 1. B. 1. Abh. S. 8. ff. und Wittich System des heutigen Civilrechts. 2. Band. §. 199. S. 49. Not. **)

48) S. BROEI Exposit. in Iustin. Institut. ad §. 2. I. de Servitut. nr. 19. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 5. und *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de Servitutibus anomalis. *Ienae* 1700.

49) *L. 4. L. 5. pr. L. 20. §. 3. D. de servitut. praedior. rustic.*

50) *L. 14. §. fin. D. de aliment. vel cibar. legat.*

51) Z. B. *Marc.* LYCKLAMA *a* NIEHOLT Membranar. Lib. VI. Ecclog. 11. *Io. D'*AVEZAN Servitutum libro P. III. cap. 14. *Ian. a* COSTA in Commentar. ad Institut. Lib. II. cap. 3. §. 3. et in

Stelle ohne alle Emendation zu erklären gesucht haben, so lehrt doch theils der ganze Zusammenhang, theils die Verbindung dieser Stelle mit andern, daß sowohl die Interpunction, als die Leseart selbst offenbar unrichtig sey [52]). Man lese also vielmehr so: *Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus; personae tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur* [53]). Es erhellet hieraus zugleich, daß diejenigen irren, welche das der Person ertheilte Recht für gar keine Servitut, sondern für ein bloßes ius obligationis, d. i. für ein persönliches Recht, halten wollen [54]).

5) Ei-

in Praelect. ad illustrior. quosd. Tit. locaque select. iur. civ. pag. 24. *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 17. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. und Westphal in dem System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 63. S. 39. f.

52) Man sehe vorzüglich *Arn.* VINNII Commentar. ad Institut. §. 2. de Servitut. nr. 1. *Pet.* DUIRSEMA Conjectural. iuris civ. (*Groeningae* 1714. 12.) Lib. I. cap. 5. *B.* VOORDA ad *Ian. a* COSTA Praelect. cit. not. h. pag. 24. *Car. Frid.* WALCH Diss. de aquae hauriendae servitute. (*Ienae* 1754.) §. 3. (*Opusculor.* Tom. I. Sect. I. nr. 5.) und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. Tom. II. not. b. pag. 1. sq.

53) Eben diese Leseart billigte auch WESTPHAL in seinem klassischen Werke de lib. et servit. praedior. §. 523. b. Not. 474. pag. 322. wenn er gleich in der oben Not. 51. angeführten neuern Schrift anderer Meinung ist. Die verbesserte Leseart nimmt auch THIBAUT im System des P. R. 2. B. §. 606. not. m. an.

54) Diese Meinung suchen besonders POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXXIV. Tit. 1. nr. III. not. h. pag. 412. und de COCCEJI c. l. zu vertheidigen. Man sehe aber dagegen VIN-

5) Einige Dienstbarkeiten sind jedoch von der Art, daß sie nach Vorschrift der römischen Gesetze nie anders, als persönliche, ertheilt werden können. Dahin gehören usus fructus, usus, und habitatio. Diese werden daher *regulares* oder *ordinariae* genennt[55]).

§. 622.

Eintheilung der Realservituten. Praedium *urbanum*. Praedium *rusticum*. Erläuterung der bestrittenen *L. 2. D. de servit. praed. rustic.*

Die dinglichen Servituten sind wieder zweyfach, entweder *urbanae* oder *rusticae*. Ob bey dieser Eintheilung auf das praedium dominans oder serviens zu sehen sey, ist zweifelhaft. Gewöhnlich nimmt man auf das erstere Rücksicht. Steht nämlich die Servitut einem praedio urbano zu, so nennt man sie *urbana*; steht sie hingegen einem praedio rustico zu, so wird sie *rustica* genennt. Dies ist die gemeine Erklärung, welche von den meisten angenommen wird[56]). Für diese Erklärung spricht, daß die Realservituten iura praediorum genennt wer-

VINNIUS in Comm. ad rubr. Tit. Instit. de usufructu, und Höpfners Commentar §. 348.

55) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

56) VOET Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 4. *Io.* D'AVEZAN Servitutum libro P. III. cap. 15. bey MEERMAN T. IV. pag. 157. *Ian. a* COSTA ad L. 3. D. de Servitut. in Praelect. cit. pag. 29. sq. *Em.* MERILLIUS in Observat. Lib. I. cap. 32. und Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 12. WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 528. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1084. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 605. u. a. m.

werden, wie Justinian[57]) bemerkt; und wenn Ulpian[58]) sagt: Ideo hae *servitutes praediorum* appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. *Nemo enim potest servitutem adquirere*, vel *urbani* vel *rustici praedii*, *nisi qui habet praedium*; so bezieht sich dies offenbar auf das praedium dominans. Gleichwohl behaupten viele Rechtsgelehrten[59]), daß die Realservituten nach dem Object, d. i. in Rücksicht des dienenden Guts, in urbanas und rusticas einzutheilen wären. Diese berufen sich auf Ulpian[60]), welcher es für eine servitus urbana hält, *si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci*[61]). Das Haus, von welchem hier Ulpian redet, sey doch unstreitig das praedium serviens, und von diesem habe Ulpian die Servitut benennt. Ein gleiches Beyspiel von einer servitus, die sonst gewöhnlich rustica ist, gäben Paulus[62]) und Julian[63]) vom iter, diese Servitut sey urbana, wenn sie durch ein Haus eingeräumt werde, nur müsse

57) *§. 3. I. de reb. corp. et incorpor.*

58) *L. 1. §. 1. D. Commun. praedior.*

59) *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 1. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 1. EMMINGHAUS ad *Eundem* c. l. not. d. *Chr. Lud.* CRELL Diss. servitutem altius tollendi in usucapione libertatis consistere §. 1. und besonders *Nicol.* PRAGEMANN Commentat. de genuina notione servitutis praediorum urbanorum. *Ienae* 1717. et recus. 1759. Cap. IV.

60) *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.*

61) Man sehe, was von dieser Stelle an einem andern Orte (8. Th. S. 319. Not. 35.) vorgekommen ist.

62) *L. 7. D. Commun. praedior.*

63) *L. 14. D. eodem.*

müsse der Berechtigte sich derselben bey Tage bedienen, damit nicht der Eigenthümer des dienenden Hauses zur Nachtzeit aufstehen, und dem Berechtigten das Haus öffnen dürfe [64]). Auch könne die Behauptung, welche Paulus [65]) aufstellt, wenn er sagt: Servitutes praediorum aliae *in solo*, aliae *in superficie* consistunt, nicht wohl anders, als in Beziehung auf das dienstbare Grundstück, verstanden werden.

Meines Erachtens lassen sich beyde Parthеyen gar wohl vereinigen. Nimmt man nämlich das Wort Servitut in seiner eigentlichen Bedeutung, das ist, in dem oben (S. 3.) angegebenen passiven Sinn, für die einer Sache anklebende Eigenschaft, vermöge welcher der Eigenthümer derselben, zum Vortheil eines Andern, etwas leiden oder unterlassen muß; so kann natürlich bey der Bestimmung, welche Servitut eine urbana und welche eine rustica sey, nur auf das damit belastete Grundstück gesehen werden. Allein die römischen Rechtsgelehrten dachten sich unter einer Servitut im gewöhnlichern, obgleich uneigentlichen Sinn, vielmehr ein Recht auf einer fremden Sache; und in dieser Beziehung sahen sie denn auch natürlich blos auf das berechtigte Grundstück, wenn sie die Servituten, als iura praediorum, in servitutes *urbanas*, d. i. praediorum urbanorum, und *rusticas*, oder praediorum rusticorum eintheilten [66]). Es kommt also nur

 noch

64) *Christph. Lud.* CRELL Observationes de usu nocturno servitutum in praediis urbanis. *Vitemb.* 1756.

65) *L. 3. D. de Servitutib.*

66) *L. 1. L. 14. D. de Servitut. L. 2. D. de servitut. praed. urbanor. L. 6. D. eodem. L. 1. et 2. D. de servitut. praed. rusticor. Princ. I. eod.*

noch darauf an, was man unter einem *praedio urbano* und *rustico* versteht? Die Gesetze verbinden mit diesen Benennungen verschiedene Begriffe, nach dem Unterschiede der Materien, in welchen davon die Rede ist. Andere in der Lehre von Servituten, andere in der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte, und wieder andere bey der Veräußerung der Güter eines Minderjährigen nach dem ältern römischen Rechte, wie **Arnold Vinnius** 67) sehr gründlich ausgeführt hat. Uns interessirt es vor jetzt bloß zu wissen, welche praedia in Ansehung der Servituten urbana, und welche rustica sind? Hier ist nun so viel ausgemacht, daß die sonst gewöhnliche Erklärung 68), hergenommen aus dem Endzweck und Gebrauch, wozu die Grundstücke bestimmt sind, durchgängig falsch sey. Schon längst haben unsere besten Civilisten 69) angemerkt, daß es mit den Begriffen der Gesetze schlechterdings nicht übereinstimme, wenn man zu den praediis urbanis diejenigen rechnete, welche zur Wohnung und zum Vergnügen, zu den rusticis hingegen diejenigen, welche zum Feldbau und dem

67) Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 30.

68) Man vergleiche *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. cap. 16. (bey MEERMANN T. IV. pag. 157. sq.) VOET Comm. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. eod. Libr. et Tit. §. 3. BROEUS in Exposition. ad Imp. Iustin. Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 11. u. a. m.

69) S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 4. *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad §. 1. I. de servit. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. eund. Instit. nr. 2. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Institut. Lib. II. Tit. 3. §. 6. und *Guil.* SCHMUCK ad *Labitti* Usum indicis Pandectar. Cap. IV. §. 7. not. d. in *Abr.* WIELING *Iurispr. restitut.* P. II. p. 76.

dem damit verknüpften ökonomischen Nutzen gehören. Denn auf solche Art würden auch Scheuren, Viehställe und andere zur Landwirthschaft bestimmte Gebäude als praedia rustica anzusehen seyn, da doch die Gesetze ein ganz anders lehren. Man höre nur hierüber den Ulpian [70]), wenn er sagt: *Urbana praedia* omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte *stabula* sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis. *Praedium urbanum* heißt also vielmehr in der Lehre von Servituten ein Gebäude, ohne Unterschied seiner Lage und Bestimmung, es mag in der Stadt, oder auf dem Lande liegen, es mag zur Wohnung, zum Vergnügen, oder zum Gebrauch der Landwirthschaft bestimmt seyn [71]). *Praedium rusticum* hingegen heißt hier ein leerer Platz, z. B. ein Acker, eine Wiese, ein Garten, eine area, d. i. ein solcher leerer Platz, wo keine Früchte gebauet werden, dergleichen man zum Dreschen, Trocknen, Bleichen u. dgl. gebraucht [72]). Die Richtigkeit dieser Begriffe ergiebt sich aus folgenden Stellen.

Justi-

70) *L. 198. D. de Verbor. Signific.*

71) Die *aedificia* wurden nach dem Gebrauche, wozu sie bestimmt waren, in *urbana* und *rustica* eingetheilt, *L. 41. §. 5. D. de legat. I. L. 180. pr. D. de Verb. Signif.* und jene aedes, diese aber villae genennt: *L. 211. D. de V. S.*

72) Hr. Kanzler Koch hat in einer eigenen Abhandlung: de praedio urbano et rustico. *Ienae* 1757. das wahre Verhältniß der Sache aus ächten Quellen gezeigt. Ihm sind auch die neuern fast durchgehends beygetreten. Man s. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1084. Webers Versuche über das Civilrecht S. 83. und THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 605. a. E.

Justinian sagt §. 1. *I. de Servitut.* Praediorum urbanorum servitutes sunt hae, quae *aedificiis* inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, *quoniam* AEDIFICIA OMNIA *urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint.*

Eben so Ulpian *L. 1. D. Communia praedior.* AEDIFICIA urbana quidem praedia appellamus: caeterum etsi in villa AEDIFICIA sint, aeque *servitutes urbanorum praediorum* constitui possunt.

Hierauf bezieht sich auch die Stelle des Paulus, wenn er *L. 3. D. de Servitutibus* sagt: Servitutes praediorum aliae *in solo*, aliae *in superficie* consistunt. So verschieden auch diese Stelle erklärt wird[73]), so stimmen doch die meisten Rechtsgelehrten darin überein, daß sich dieselbe auf die Eintheilung der Realdienstbarkeiten in servitutes urbanas und rusticas beziehe, und so viel heißen solle: daß erstere zu ihrer Existenz ein Gebäude erfordern, dem sie zustehen, und an welchem sie auch ausgeübt werden, letztere aber nicht[74]). Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich nicht nur aus einer andern Stelle eben dieses römischen Juristen, welcher *L. 20. pr. D. de Servitut.*

73) S. WESTPHAL de libert. et servit. praed. §. 530. Not. 478.

74) Man vergleiche *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. cap. 13. *Os.* AURELIUS de variantib. Cujacii interpretat. Dispunct. XII. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 723. sqq.) *Em.* MERILLIUS in Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. ad L. 3. cit. (bey OTTO Tom. cit. pag. 636.) *Io.* D'AVEZAN Servitut. libro P. III. cap. 15. (bey MEERMAN T. IV. pag. 157.) *Ian. a* COSTA ad eand. L. 3. in Praelectionib. pag. 29. und WESTPHAL §. 529.

vitut. sagt: Servitutes, *quae in superficie consistunt*, possessione retinentur. Nam si forte *ex aedibus meis* in *aedes tuas* tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem; sondern sie wird auch noch insonderheit durch die Auctorität des Harmenopulus [75]) bestärkt, welcher über jene Stelle auf folgende Art commentirt: *Quando enim quis viam vel iter vel aquaeductum per alienum agrum habet*, SERVITUS *haec* SOLI *dicitur*: *ubi vero aut tignorum in vicini aedes immittendorum, aut aquae ex tegulis effundendae, id est, stillicidii avertendi, aut oneris imponendi ius habet quisquam, ea* SERVITUS *est* SUPERFICIEI.

Aus dem allen erhellet nun also so viel, daß *Servitutes urbanae* solche Realdienstbarkeiten genennt werden, welche zum Nutzen eines Gebäudes ertheilt sind, und *rusticae* diejenigen heißen, welche einem andern Grundstück zum Nutzen dienen, das kein Gebäude ist, wenn gleich das Grundstück, auf welchem sie objectiv haften, ein Gebäude ist [76]). Diesem scheint jedoch zu widerstreiten, wenn Neratius Priscus [77]) sagt: Rusticorum praediorum servitutes sunt, licere altius tollere, et officere praetorio vicini; vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium, vel protectum habere licere.

75) Epitome iuris Lib. II. Tit. 4. §. 126.

76) Z. E. so kann zum Nutzen eines Bleichplatzes oder Gartens die servitus altius non tollendi bestellet werden, um nicht durch Bauen den zur Bleiche und Wachsthum der Früchte nöthigen Sonnenschein abzuhalten. Man sehe auch *L. ult. pr. C. de Servitutib.*

77) *L. 2. D. de Servitut. praed. rusticor.*

licere. Denn alle die hier unter die servitutes rusticas gezählten Prädialdienstbarkeiten rechnet Cajus [78]) zu den urbanis. Die meisten Ausleger des römischen Rechts [79]) glauben, Neratius sey hier von dem juristischen Sprachgebrauche abgewichen, und habe nach dem gemeinen Sprachgebrauche, nach welchem man Gebäude, die auf dem Lande ausser der Stadt errichtet waren, *praedia rustica* genennt habe, den Unterschied zwischen servitutes urbanas und rusticas nach dem Orte bestimmt, wo die Grundstücke liegen, zu deren Nutzen sie ertheilet sind, ob sie nämlich in der Stadt oder auf dem Lande gelegen sind. Allein wenn gleich diese Meinung der gewaltsamen Crisis derjenigen weit vorgezogen zu werden verdient, welche statt rusticorum, *urbanorum* praediorum servitutes lesen wollen [80]); so ist doch auch zu einem solchen Dissensus noch kein hinlänglicher Grund vorhanden. Denn warum sollten

78) *L. 2. D. de Servitut. praed. urb. §. 1. I. de Servitut. §. 2. I. de actionib.*

79) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 15. *Hug.* DONELLUS Comment. iuris civ. Lib. XI. cap. 4. *Ian. a* COSTA Commentar. ad §. 1. I. de Servitut. pag. 189. *Iac.* CUJACIUS Comm. ad L. 189. D. de Verb. Signif. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad L. 2. D. cit. pag. 380. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. cap. 16. *Iac.* LABITTUS Usu indicis Pandectar. Cap. IV. §. 7. (in *Abr.* WIELING *Iurisprud. restit.* P. II. pag. 75.) WESTPHAL cit. libr. §. 528. Not. 477. pag. 326. et §. 611. und *Chr. Gottl.* RICHTER in Exercit. de Neratio Prisco. (*Lipsiae* 1788.) Cap. IV. pag. 46. seqq.

80) *Franc.* HOTOMANUS in Commentar. ad §. 2. I. de Servitut. und *Abr.* WIELING in Animadvers. ad *Labitti* Us. Indic. Pandect. P. II. *Iurispr. restitut.* pag. 75.

ten denn die Servituten, wovon **Neratius** spricht, nicht auch zum Nutzen eines praedii rustici bestellt werden können? Man denke sich doch nur nicht immer ein Gebäude, bey der servitute altius tollendi. Der ehrwürdige **Franz Connanus** [81]), dessen grundgelehrten Commentar man hierüber noch gar nicht benutzt hat, giebt uns gewiß die beste Erläuterung. *Servitus altius tollendi aedificium*, sagt dieser große Civilist, *urbana est, quia debetur praedio urbano. At* NERATIUS *loquitur de ea servitute, qua liceat arbores plantare, aut quid aliud ponere, quod impediat coeli aspectum; quae si debeatur a praetorio, et aedibus vicini, tamen rustica est, quoniam ruris mei causa imposita est* [82]). — *Prosequitur* NERATIUS *aliis exemplis ostendere, servitutis nomen*

81) Commentar. iuris civ. Tom. I. Lib. IV. cap. 10. pag. 268. in fin. et pag. sq. (*edit. Paris.* 1553. f.)

82) Man stelle sich hier einen solchen Fall vor, wo, ohne Servitut, das Interdictum de arboribus caedendis Statt haben würde. *L. 1. D. de arbor. caed.* Ich muß hier bemerken, daß in einigen Ausgaben der Pandecten statt officere *praetorio* vicini gelesen wird officere *praedio* vicini. So lieset z. B. die glossirte Ausgabe des *Petri ab* ARRA BAUDOZA CESTII. Diese Leseart ist der Sache noch angemessener. Denn das praedium vicini konnte nun sowohl urbanum als rusticum seyn. Uebrigens hieß *Praetorium*, welches nachher in der *L. 2. cit.* nochmals vorkommt, das Wohnhaus der Herrschaft auf dem Landgute. CONNANUS c. l. pag. 267. erklärt den Ausdruck so: *In villis rusticis, in quibus quisque dominium fere tantum habet in suos, quantum Princeps in suos subditos,* PRAETORIUM *dixerunt, ubi scilicet quasi rex villae et princeps habitaret, certe is, qui toti familiae suae rusticae praeiret.* PRAETORIUM igitur *hoc urbanum praedium est.* Man sehe auch WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 611. Not. 536. pag. 390.

nomen imponi ab eo praedio, in cuius utilitatem est: ut, quae genere suo videntur esse urbanae, sint quandoque rusticae: ut licere habere cloacam per vicini domum vel praetorium, *qua fundi mei illuvies aquarum, et caetera expurgamenta recipiantur; vel* habere protectum in tuas aedes: *puta ambulationes, quas circum ambitum hortorum facere solemus, modo lapide et structura, modo pedamentis saliceis, vel iuniperi, pressis, varieque tonsis viridibus inclusas: quas ita habere, ut in aedes vicini inferioris promineant, iure servitutis constitui potest, aut ut earum transversa pedamenta, vel tigna etiam liceat immittere.* Nach dieser Ansicht ist daher die Bemerkung des berühmten **Gerhard Noodt**[83]) nicht ohne Grund, welcher meint, daß das Wort *etiam* zu suppliren, und also so zu lesen sey: Rusticorum *etiam* praediorum servitutes sunt, i. e. esse possunt. Diese Leseart kann auch, wie **Herrmann Noordkerk**[84]) gezeigt hat, durch die Auctorität mehrerer schätzbarer Ausgaben der Pandecten, nämlich der des **Hugo a Porta** vom Jahr 1534, des **Claud. Chevallonius** v. J. 1548, und des **Petrus ab Area Baudoza Cestius** v. J. 1593 bestärkt werden.

Uebrigens unterscheiden sich beyde Arten der Prädialservituten darin von einander:

1) daß alle servitutes rusticae affirmative Dienstbarkeiten sind, dahingegen die urbanae auch negative seyn kön-

83) Commentar. ad Dig. Lib. VIII. Tit. 3. *Operum* Tom. II. pag. 220.

84) Observation. decas. (*Amstelod.* 1731. 8.) Cap. I. pag. 12.

können; z. B. servitus altius non tollendi, servitus ne luminibus aut prospectui officiatur rc.[85]).

2) Servitutes rusticae äussern sich gewöhnlich durch Handlungen, die nur von Zeit zu Zeit unternommen zu werden pflegen. Allein die servitutes urbanae haben einen continuirlichen Gebrauch. Bey diesen nimmt man daher einen wahren, bey jenen aber nur einen Quasibesitz an[86]).

3) Eine servitus rustica kann der Schuldner auf seiner Sache seinem Gläubiger als Pfand einräumen, allein keine servitus urbana kann Gegenstand des Pfandrechts seyn. Denn nur bey jener findet eine Veräußerung Statt[87]).

4) Servitutes rusticae gehen durch bloßen Nichtgebrauch verlohren, allein die urbanae erfordern eine usucapio libertatis[88]). Hiervon zu seiner Zeit ein Mehreres. Vor Justinian war endlich

5) auch

85) *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 15. pag. 740. Der Satz, den Roßmann in der Abh. von der Eintheilung der Servituten (Erlangische Anzeigen im Jahr 1744. Nr. XXXIV.) §. 12. aufstellt: Alle servitutes affirmativae sind servitutes praedii rustici, und alle servitutes negativae sind servitutes praedii urbani, ist also nur zum Theil wahr.

86) *L. 20. pr. D. de servitut. praed. urb. L. 13. D. de usu et usufr.* WESTPHAL cit. libr. §. 591.

87) *L. 11. §. fin. et L. 12. D. de pignor. et hypoth. Em.* MERILLIUS Observation. Lib. VI. cap. 4. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 32. und Westphals Erläuterung der Röm. Gesetze vom Pfandrechte §. 139.

88) *L. 6. D. de servitut. praedior. urban. L. 6. D. Quemadm. servitut. amitt. L. 4. §. ult. D. de usurpat.* S. CRELL cit. Diss.

5) auch der Unterschied wichtig, daß servitutes rusticae zu den rebus mancipi gezählt wurden, die urbanae aber nicht [89]); weil jene insgemein von größerm Werth waren, als diese, und eine unmittelbare Beziehung auf den Ackerbau hatten, welcher die eigentliche Nationalbeschäftigung der alten Römer war [90]). Dieser letzte Unterschied fällt nun zwar jetzt weg, indessen erhellet doch aus allem so viel, daß die Eintheilung der Realdienstbarkeiten keinesweges, wie einige [91]) wollen, ganz unnütz sey.

§. 623.

Unterschied zwischen Real- und persönlichen Dienstbarkeiten.

Es verdient jedoch auch der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Dienstbarkeiten noch etwas genauer erörtert zu werden, dessen practisches Interesse unbestritten ist. Aus den Begriffen, welche oben (§. 621.) davon

Diss. servitutem altius tollendi in usucap. libertatis consistere. §. 3—5. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 57. und §. 58.

89) ULPIANUS *Fragm. Tit.* 19. §. 1.

90) Man sehe den 8. Th. dieses Commentars §. 577. Not. 50. S. 56. Es ist also nicht nöthig, hier mit D'AVEZAN Servitut. libr. P. VI. cap. 2. bey MEERMAN T. IV. pag. 195. zu dem Asyl der Regel: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest*, seine Zuflucht zu nehmen. Man sehe vielmehr *de* SELCHOW Diss. de servitute altius tollendi rom. *Goett.* 1755. Cap. II. §. 37.

91) S. *I. S.* BECKENSTEIN Diss. de inutilitate distinctionis inter servitut. urb. et rusticas. *Regiom.* 1725. und SELCHOW cit. Diss. §. 37. sqq.

davon gegeben worden sind, lassen sich folgende Differenzen ableiten.

1) Bey den persönlichen Servituten ist blos das Object, auf welchem die Dienstbarkeit haftet, eine Sache, das Subject hingegen, dem sie zusteht, eine Person. Allein bey den Realservituten sind Object und Subject Sachen verschiedener Eigenthümer.

2) Bey persönlichen Dienstbarkeiten kann das Object sowohl eine bewegliche als eine unbewegliche Sache seyn [92]. Allein Realdienstbarkeiten können nur bey unbeweglichen Sachen Statt haben [93]; denn es sind iura et qualitates praediorum [94], welche nicht blos auf eine Zeitlang, sondern auf immer constituirt werden. Sie erfordern daher zu ihrer Existenz ein Object und Subject, welches seiner Natur nach perpetuirlich ist [95].

3) Persönliche Servituten können auf eine gewisse Zeit oder unter einer gewissen Bedingung ertheilt werden, und erlöschen, wenn die Zeit verflossen ist, oder die resolutive Bedingung existirt, ipso iure [96]. Bey Realdienstbarkeiten stellten die römischen Juristen den entgegengesetzten

92) *§. 2. I. de usufr. L. 3. §. 1. L. 7. pr. L. 12. §. 1. D. eod.*

93) *L. 1. §. 1. D. Commun. praedior.*

94) *§. 3. I. de reb. corp. et incorp. L. 86. D. de Verb. signif. L. 12. D. Quemadm. servitut. amitt.*

95) S. *Franc. Ramos del* MANZANO in Comm. ad Tit. Dig. de Servitut. P. I. Cap. 2. §. 13. bey MEERMAN Tom. VII. p. 47.

96) *L. 16. §. 2. D. Fam. ercisc. L. 30. D. de usu et usufr. leg. L. 5. et 12. C. de usufr.*

setzten Grundsatz auf. Servitutes ipso quidem iure, sagt Papinian[97]), neque *ex tempore*, neque *ad tempus*, neque *sub conditione*, neque *ad certam conditionem* constitui possunt. Denn eine solche Servitut, welche blos auf eine gewisse Zeit, oder unter einer gewissen Bedingung auf ein Grundstück gelegt wird, würde nicht auf jeden Besitzer übergehen, welches nach dem oben (§. 621.) aufgestellten Begriffe mit der Natur einer Realdienstbarkeit streiten würde. Hat einer, der eine Servitut erwarb, dennoch eine solche Bedingung eingegangen, so wird er nur für seine Person, oder sein Erbe, durch eine Einrede zurückgewiesen werden können. Nicht deswegen, weil die Servitut von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann, sondern weil er für seine Person den geschlossenen Vertrag zu halten verbunden ist. Daher fügt Papinian noch hinzu: Sed tamen, si haec adiiciatur, *pacti* vel *per doli exceptionem* occurritur, contra placita servitutem vindicanti. In wiefern aber der nachfolgende Eigenthümer (der successor singularis) nicht verbunden ist, die Handlungen seines Vorgängers anzuerkennen, so wird eine bey der Constitution der Servitut gemachte Bedingung ohne Wirkung seyn[98]).

4) Realservituten können weder theilweise erworben werden, noch theilweise verlohren gehen; sie werden vielmehr auch sogar durch einen partiellen Gebrauch in ihrem ganzen Umfang erhalten. Hierher gehören folgende Stellen:

L. 11.

97) *L. 4. D. de Servitut.*

98) S. Zachariä Lehre des R. R. von dinglichen Servituten §. 17. in Hugo civil. Magazin 2. B. S. 351. f.

L. 11. *D. de Servitut.* sagt: Pro parte dominii servitutem acquiri non posse, vulgo traditur.

L. 17. *D. eod.* Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, *quia usus eorum indivisus est*; et ideo, si stipulator decesserit, pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt: etsi promissor decesserit, pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.

L. 6. §. 1. *D. Commun. praedior.* Si quis partem aedium tradet, vel partem fundi, non potest servitutem imponere: *quia per partes servitus imponi non potest, sed nec acquiri.*

L. 3. *D. de Servit. legata.* Si fundum Maevio, et ad eum viam per alium fundum, et eundem fundum sine via Titio legasset: si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum: *quia neque adquiri per partem servitus possit.*

L. 18. *D. de serv. praed. rust.* Quaeritur, an si per unum fundum iero, per alium non per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? *et magis est, ut aut tota amittatur, aut tota retineatur. Ideoque si nullo usus sum, tota amittitur: si vel uno, tota servatur.*

L. 8. §. 1. *D. Quemadm. servitut. amitt.* Is, qui *per partem* itineris it, *totum ius usurpare videtur.*

Bey Personaldienstbarkeiten verhält sich die Sache anders. Der Usufructus kann auch getheilt eingeräumt werden, und theilweise durch Nichtgebrauch verloren

loren gehen. Jedoch auch nur dieser allein. Denn die übrigen Personalservituten, der usus, die habitatio und servitus operarum sind ebenfalls untheilbar.

L. 5. D. de usufructu sagt: Usufructus et ab initio *pro parte indivisa vel divisa constitui*, et legitimo tempore *similiter amitti*, eademque ratione per Legem Falcidiam minui potest. Reo quoque promittendi defuncto, *in partes hereditarias* usufructus obligatio dividitur: et si ex communi praedio debetur, uno ex sociis defendente, *pro parte defendentis* fiet restitutio.

L. 25. D. Quib. mod. usufr. amitt. Placet vel *certae partis*, vel *pro indiviso* usumfructum *non utendo* amitti.

L. 19. D. de usu et habitat. USUS PARS legari non potest; nam FRUI quidem pro parte possumus, UTI pro parte non possumus.

Es ergiebt sich hieraus eine neue Eintheilung der Servituten, daß sie entweder theilbare oder untheilbare sind, welche von practischer Wichtigkeit ist. Ist nämlich eine Servitut von der Art, daß Theilung ihr Wesen vernichtet, so wird sie eine untheilbare (*servitus individua*), in dem entgegengesetzten Falle aber eine theilbare (*dividua*) genennt [99]). Dieser Unterschied ist beson-

99) S. *Iac.* CUJACIUS Quaestion. ad L. 5. D. de Usufr. et ad L. 16. D. Si servit. vindic. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 28. *Io.* DEL CASTILLO SOTOMAYOR de Usufructu Lib. I. cap. 31. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. V. (bey MEERMAN T. IV. pag. 184.) *Ant.* MERENDA Lib. VIII. Controv.

besonders wichtig in Rücksicht der Falcidia. Bey dem Nießbrauche, als einer theilbaren Servitut, kann man einen Theil der Früchte auf die Falcidie zurückbehalten. Bey untheilbaren Servituten hingegen muß eine Schätzung geschehen, und von dem taxirten Werth ein Theil zur Falcidie gegeben werden; und man braucht die legirte Servitut nicht eher einzuräumen, als bis dieser Theil bezahlt worden ist [100]). Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. I. § 9. *D. ad Leg. Falcid.* Si ususfructus legatus sit, *qui et dividi potest*, non sicut *caeterae servitutes individuae sunt:* veteres quidem aestimandum totum usumfructum putabant, et ita constituendum, quantum sit in legato. Sed ARISTO a veterum opinione recessit. Ait enim, *posse quartam partem ex eo, sicut ex corporibus, retineri.* Idque IULIANUS recte probat.

L. 7. *D. eodem.* Lege Falcidia interveniente legata servitus, *quoniam dividi non potest*, non aliter in solidum restituetur, *nisi partis offeratur aestimatio.*

Endlich unterscheiden sich persönliche und dingliche Dienstbarkeiten noch insonderheit

5) darin von einander, daß erstere mit dem Tode des Berechtigten erlöschen, und mit dem Untergange des Ge-

trov. iuris cap. 26. 27. 29. et 30. *de* COCCEJI *iur. civ.* controv. Lib. VIII. Tit. I. Qu. 10. *Andr. Rud. de* RAMDOHR de toto iure per partialem usum servato. *Goettingae* 1753. §. 25. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 586 — 588.

100) *Iac.* VOORDA ad Legem Falcidiam Commentar. (*Harlingae* 1730. 8.) Cap. XII. §. 8. et 9. und Westphals hermenevt. syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen. §. 1304. ff.

genstandes dergestalt aufhören, daß sie auch nach dessen Wiederherstellung nicht wieder aufleben [1]). Dingliche Servituten hingegen kommen jedem Besitzer des herrschenden Gutes zu statten, und wenn auch das Gebäude, dem die Servitut inhärirt, zerstört wird, so behält doch immer auch das neue Gebäude die Rechte desjenigen, an dessen Stelle es getreten ist [2]). Denn die Realservitut steht dem Grundstück selbst, und nicht blos der Oberfläche desselben zu [3]).

§. 624.

Verschiedene Entstehungsarten der Dienstbarkeiten.

Servituten können nie von dem einen Berechtigten auf den andern übergehen, sondern müssen immer ursprünglich erworben werden. Dies geschieht entweder

1) mit Bewilligung des Eigenthümers durch einen Vertrag, oder eine letzte Willensverordnung. Oder

2) ohne Bewilligung des Eigenthümers, durch gesetzliche Verordnung, durch richterliche Adjudication, und durch Verjährung [4]).

1) *L. 34. §. 2. D. de usufr. L. 5. §. 2. D. Quib. mod. usufr. amitt.*

2) *L. 11. pr. L. 20. §. 2. L. 31. D. de servitut. praed. urb.* WESTPHAL de Servit. praed. §. 912.

3) *L. 13. pr. D. de servit. praed. rustic.*

4) S. WESTPHAL cit. libr. Cap. 28. et 29.

§. 625.

I. Constitution der Servituten durch den Willen des Eigenthümers.

Servituten können also I. durch den Willen des Eigenthümers ihre Entstehung erhalten. Hier kommt es auf zwey Fragen an.

1) Wer kann eine Servitut constituiren? Es wird dazu erfordert, daß der Constituent fähig sey, vermöge eines ihm zustehenden, unbeschränkten und ausschließlichen Eigenthums über die Sache zu disponiren, welcher die Servitut aufgelegt werden soll [5]). Wer also

a) nur ein temporäres Eigenthum hat, kann zwar der Sache, so lange sein Recht dauert, eine ihr auf immer nützende Servitut erwerben, allein zum Nachtheil seines Successors, an den das Eigenthum fällt, kann er der Sache keine Dienstbarkeit auflegen. Hat also z. B. der Erbe einem Grundstück, welches einem andern unter einer Bedingung vermacht worden, während der Pendenz derselben, eine Servitut aufgelegt, so erlöscht sie, sobald die Bedingung existirt. Es ist gerade eben so, als wenn er den Fundus selbst veräußert hätte; denn auch die Veräußerung verliert ihre Gültigkeit, sobald die Bedingung zur Wirklichkeit kommt [6]). Allein die dem Grundstück erworbene Servitut geht auf den Legatar über [7]). Wer ferner

 b) blos

5) S. WESTPHAL cit. libr. §. 776. sqq. und THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 621.

6) *L. 105. D. de condit. et demonstrat. L. 69. §. 1. L. 81. pr. D. de legat. I.*

7) *L. 11. §. 1. D. Quemadm. servit. amitt.* Heres, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes: extinguentur,

b) blos einen Antheil an einem gemeinschaftlichen Grundstück hat, kann allein demselben weder eine Servitut auflegen, noch erwerben, wenn der andere Miteigenthümer nicht darein williget [8]). Denn eine Realservitut ist untheilbar [9]). Sollte jedoch einer von mehreren, welche ein Grundstück gemeinschaftlich besitzen, allein die Servitut eingeräumt haben, so darf er ihre Ausübung nach der gegen das strenge Recht streitenden Billigkeit nicht hindern [10]). Erfolgt nachher die Einwilligung von Seiten des andern Miteigenthümers, so erhält die frühere Constitution durch die letztere erst ihre Kraft und Gültigkeit, nicht anders, als ob sie jetzt beyde zugleich die Servitut eingeräumt hätten. Die Concession des letztern hat also keine retrotractive Wirkung, sondern ist unnütz, wenn der erstere

tur, si legati conditio existat. Videamus, an adquisitae sequantur legatarium, et magis dicendum est, ut sequantur.

8) *L. 2. D. de Servitut.* Unus ex dominis communium aedium servitutem imponere non potest. *L. 19. D. de Servitut. praed. rusticor.* Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest. *L. 28. D. eodem.* Itinere ad praedium commune duorum legato, nisi uterque de loco itineris consentiat, servitus neque adquiritur, neque deperit. *L. 34. D. eod.* Unus ex sociis fundi communis permittendo ius esse ire agere, nihil agit.

9) WESTPHAL cit. libr. §. 780.

10) *L. 11. D. de serv. praed. rustic.* Per fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quam si omnes cedant: et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignius tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso iure non posse.

erstere Constituent, ehe noch des andern Miteigenthüme Einwilligung erfolgte, seinen Antheil an der gemeinschaf lichen Sache einem Dritten verkauft hätte [11]). Besi von beyden Miteigenthümern der eine noch ein eigen Grundstück, so kann er weder auf dem gemeinschaftliche Grundstück, um seines eigenen Grundstücks willen, ein Servitut constituiren, noch seinem eigenen Grundstück ein Servitut zum Nutzen des gemeinschaftlichen auflegen, wenn es gleich mit Zustimmung des Miteigenthümers g schähe. Denn in dem ersten Falle würde er die Servitu zum Theil von sich selbst erwerben, in dem andern abe zum Theil sich selbst eine Servitut einräumen. Es kan aber auch der Vertrag auf Seiten des Miteigenthümer nicht gelten, weil Realservituten keine Theilung zulassen [12])

c) Wer blos ein Nutzungseigenthum an einer Sach hat, wie z. B. der Emphyteuta oder der Superficiar, kan zwar auf die Zeit der Dauer seines Rechts die Sache mi

Ser

11) *L. 18. D. Communia praedior.* Receptum est, ut plure domini, et non pariter cedentes, servitutem imponant, vel ad quirant: ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confir mentur, perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessis sent. Et ideo, si is, qui primus cessit, vel defunctus sit, ve alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesseri *nihil agetur.* Cum enim postremus cedat, *non retro adqui servitus videtur:* sed perinde habetur, *atque si post, cum postre mus cedat, omnes cessissent.* Igitur rursus hic actus pendebi donec novus socius cedat.

12) *L. 6. §. 3. D. Commun. praedior.* Si tamen alterae uniu propriae sint aedes, alterae communes: neutris servitutem v adquirere vel imponere me posse, POMPONIUS *Lib. 8. ex Sa bino* scripsit. Man vergleiche hier WESTPHAL cit. libr. §. 786.

Servituten belegen, welche, wenn gleich nicht nach der Strenge des Civilrechts, wohl aber nach der Billigkeit des prätorischen Rechts gelten; aber sie dürfen nicht die Substanz des Grundstücks zum Nachtheil der Rechte des Erbzins- oder Grundherrn afficiren, und erlöschen, wenn das Recht des Constituenten aufhört, sofern sie ohne des erstern Einwilligung errichtet worden waren [13]).

d) Steht Jemandem der Nießbrauch an einem Grundstück zu, so kann zwar der Eigenthümer, auch ohne die Einwilligung des Nutznießers, eine solche Servitut auf das Gut legen, wodurch dem Nießbrauche des Andern auf keine Weise Eintrag geschieht. Allein eine Servitut, wodurch der Nießbrauch beschränkt wird, kann er weder ohne, noch mit Einwilligung des Nutznießers dem Grundstück auflegen. Dies ist der merkwürdige Ausspruch **Ulpians** in der *L.* 15. §. *ult.* *L.* 16. *et* 17. *pr.* *D.* *h.* *t.* welcher von jeher ein Stein des Anstoßes für die Rechtsausleger gewesen ist. Die Worte dieser Stellen lauten folgendermassen: Proprietatis dominus *ne quidem consentiente fructuario* servitutem imponere potest. *Nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat:* veluti si talem servitutem vicino concesserit, ius sibi non esse altius tollere. Locum autem religiosum facere potest *consentiente usufructuario*, et hoc verum est *favore religionis*. Für die Rich-

13) *L.* 1. §. *ult.* *D.* *de Superficieb.* Servitutes quoque *praetorio iure* constituentur: et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur. Sed et Interdictum de his utile competet. Man sehe *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. V. bey MEERMAN Tom. IV. pag. 188. sq. und WESTPHAL cit. libr. §. 795.

Richtigkeit der Leseart spricht der ganze Zusammenhang der Worte, die genaue Uebereinstimmung aller bis jetzt bekannten Ausgaben der Pandecten, insonderheit des florentinischen Codex, und die Auctorität der Basiliken. In diesem griechischen Gesetzbuche [14]) sind nämlich jene Stellen auf folgende Art übersetzt: *Οὔτε ὁ τὴν δεσποτείαν ἔχων δύναται παραχωρῆσαι δουλείαν, οὔτε ἐπιθεῖναι, κἂν συναινῇ ὁ τὴν χρῆσιν ἔχων. Εἰ μὴ ἄρα οὐ μέλλει δι᾽ αὐτῆς ὁ τὴν χρῆσιν ἔχων βλάπτεσθαι οἷον, μὴ ἐξεῖναι αὐτῷ ὑψοῦν. Κτᾶσαι δὲ δουλείαν, καὶ ἄκοντος τοῦ τὴν χρῆσιν ἔχοντος. Εἰς ταφὴν τόπον ποιεῖ, συναινοῦντος τοῦ τὴν χρῆσιν ἔχοντος*; das heißt nach der Fabrotischen Uebersetzung: *Neque proprietatis dominus servitutem remittere, neque imponere consentiente etiam fructuario potest. Nisi quae fructuario non officiat: veluti ne sibi altius tollere liceat. Adquirit autem servitutem etiam invito fructuario. Locum religiosum facit, consentiente usufructuario.* Gleichwohl haben viele berühmte Rechtsgelehrten die Richtigkeit der Leseart bezweifelt, oder wenigstens gemeint, man könne diese Stellen nicht im grammatischen Sinn, und nach dem gemeinen Wortverstande erklären, weil sie sonst einen Satz aufstellen würden, der dem gesunden Menschenverstande entgegen streite. Denn wenn der Eigenthümer, und derjenige, dem das Nießbrauchsrecht zusteht, mit einander darin einverstanden wären, daß einem Dritten auf der nutznießlichen Sache eine Servitut eingeräumt werde, wodurch der Usufructus beschränkt wird; so sey ja die Sache durch dieses Einverständniß in den Zustand gekommen, in welchem sie war, ehe noch der Usufructuar das Nießbrauchs-

14) *Basilic.* Tom. II. Lib. XVI. Tit. 1. c. 15. 16. et 17. pag. 250.

brauchsrecht erhielt. Sey dieser Schluß richtig, so müsse es auch unumstößlich gewiß seyn, daß beyde zusammen dasjenige könnten, wozu vorher der Eigenthümer allein befugt war. Der Usufructuar kann sich ja seines Rechts ganz begeben, und es dem Proprietar cediren; warum sollte er es nicht auch zum Theil können, durch Einwilligung in die Auflegung einer ihm nachtheiligen Servitut? Wer vermag nun einen vernünftigen Grund davon anzugeben, wenn gleichwohl Ulpian das Gegentheil lehrt? Unmöglich, sagt man daher, könne dieses die Meinung dieses Rechtsgelehrten gewesen seyn. Kritic und Emendation sey also nöthig, um den wider die gesunde Vernunft laufenden negativen Sinn in einen bejahenden zu verwandeln. Die Versuche unserer Ausleger sind nun so verschieden, und zum Theil so sonderbar ausgefallen, daß man fast geneigt seyn sollte, die erwähnten Texte in die Classe derjenigen zu setzen, welche man cruces ICtorum, oder leges Pandectarum damnatas zu nennen pflegt. Bald will man statt nequidem: *equidem* lesen, wie Cornelius van Eck [15]) und Cornelius van Bynkershök [16]); bald *siquidem*, wie nach Mornacs [17]) Bemerkung Pet. Dalessai ohne Bedenken in seinem Pandecten-Exemplare substituirte; bald *non nisi*, wie Ulrich Huber [18]). Bald will man nach imponere die Partikel *non* ein-

15) In Princip. iur. civ. sec. ord. Dig. h. t. §. 25. und in einer zu Utrecht im Jahr 1697 über die L. 15. 16. u. 17. h. t. geschriebenen Dissertation.

16) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 11.

17) Ad L. 15. D. de Usufr.

18) Eunom. Rom. ad h. L. 15. pag. 329.

einschalten, und imponere *non* potest lesen, wie Pet. Büsius [19]) und Franz Sarmienti [20]). Bald soll Ulpian statt consentiente *consciente* geschrieben haben, wie Joh. Phil. Heisler [21]) wähnte, so daß nun der Sinn sey, der Proprietar könne nur dann keine Servitut bestellen, wenn der Usufructuar blos stillschweigend darin gewilliget habe. Seine Einwilligung müsse durchaus ausdrücklich gegeben seyn. Andere hingegen, denen bey den starken Gründen, welche für die Richtigkeit der gemeinen Leseart streiten, jede Emendation gewagt und bedenklich schien, glaubten die Worte: ne quidem consentiente, seyen hier nicht in dem gewöhnlichen grammatischen Sinn zu nehmen, sondern vielmehr so zu erklären, *vel non consentiente fructuario*, *eo etiam invito*, und die Partikel *nisi*, mit welcher die *L.* 16. anfängt, bedeute hier so viel als *duntaxat*, *sed* oder *nimirum si*. Der Sinn sey also dieser: der Proprietar könne, auch ohne den Usufructuar erst um seine Einwilligung zu fragen, ja sogar gegen den Willen desselben, dem nutznießlichen Grundstück eine Servitut auflegen, nämlich, wenn dadurch der Nießbrauch auf keine Weise beeinträchtiget werde. Das Haupt dieser Parthey ist der ehrwürdige Franz Connanus [22]), welcher jedoch, wie auch wirklich in einigen Exemplaren gefunden wird, *nec quidem* lieset. Ihm folgten Bernh. Heinr. Reinold,

19) Comm. in Pand. ad L. 15. cit.

20) Select. Interpretat. Lib. VI. cap. 12.

21) Diss. de nuda proprietate pleno dominio, ut et proprietatis domino servitutem imponente. *Halae* 1756. Cap. II. §. 17. sqq.

22) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 3. fol. 229 b. init. (edit. *Paris* 1553. f.)

nold [23]), Abraham Wieling [24]), Joh. Wolbers [25]), Jac. Voorda [26]) und Carl Fried. Walch [27]). Allein wie wenig alle diese Emendationen und Erklärungen theils mit dem Zusammenhang der Worte, theils mit dem Geist der römischen Latinität zu vereinigen sind, haben Joh. Gottfr. Bauer [28]) und Christ. Gottl. Richter [29]) überzeugend dargethan. Denn auch davon abgesehen, daß das *ne quidem*, so wie das *nec quidem* nirgends, weder bey den römischen Klassikern, noch in Ulpians Fragmenten im affirmativen Sinn vorkommt, und am allerwenigsten, wenn es, wie hier, in der Mitte einer Periode gesetzt ist, wie schon Jac. Perizonius [30]) gegen die von Reinold zuerst angenommene Connanische Interpretation so gründlich erinnerte, daß Reinold auch der erste war, der diese erkün-

23) Varior. cap. 16. in *Opuscul.* a IUGLERO edit. pag. 125.

24) Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 8. pag. 30.

25) Observat. cap. 6. adjunct. *Petri de* TOULLIEU Collectan. iuris civ.

26) Elector. libr. sing. cap. 10.

27) Not. ad *Eckhardi* Hermenevt. iuris Lib. I. cap. 2. §. 52. pag. 48.

28) Diss. qua recepta L. 15. in fin. D. de usufr. lectio: *proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest*; ab aliorum emendatione, nec non vulgari explicatione et nota absurditatis vindicatur. *Lipsiae* 1736. in *Opuscul. academ.* (*Lipsiae* 1787. 4.) Tom. I. Nr. VIII. pag. 134. sqq.

29) Exercit. iur. civ. de servitute a proprietatis domino fundo fructuario imponenda ad L. 15. §. ult. L. 16. et L. 17. D. de Usufr. *Lipsiae* 1789. 4.

30) In Epist. ad *Reinoldum* insert. a IUGLERO Opuscul. iurid. *Reinoldi* pag. 648. sqq.

künstelte und höchst unnatürliche Erklärung aufgab[31]); so steht ja diese Interpretation sowohl, als jede Emendation, mit der L. 17. D. h. t. in dem alleröffenbarsten Widerspruche. Beyde Stellen *L.* 15. und *L.* 17. sind aus **Ulpians** Commentaren über den **Sabinus**, und zwar aus dem nämlichen Buche, nämlich aus *libro* 18. *ad Sabinum* genommen, wie die Inscription lehrt. Beyde Stellen standen, wie deren Vergleichung augenscheinlich zeigt, in dem unmittelbarsten Zusammenhange, und sind blos durch Einschiebung der *L.* 16., welche aus PAULI *libr.* 3. *ad Sabinum* genommen ist, von den Verfassern der Pandecten getrennt worden. Nun beweisen die Worte der *L.* 17. ganz unwidersprechlich, daß die Regel, wovon in dieser Stelle bey der Servitut zur Errichtung einer Grabstätte aus religiösen Gründen eine Ausnahme gemacht wird, einen negativen Satz enthalten haben müsse. Alle jene Ausleger fühlten auch die Schwierigkeit, die ihnen die *L.* 17. in den Weg legte, zu lebhaft, um nicht gleichsam nothgedrungen zu gewaltsamen Emendationen schreiten zu müssen. **Connanus** suchte der Schwierigkeit dadurch abzuhelfen, daß er die Worte *favore religionis* trennte, und zur folgenden Periode zog. Er las nämlich: Locum autem religiosum

31) S. *B. H.* REINOLDI Exercitat. Spicilegium ad §. ult. Legis XV. D. de Usufructu exhibens. in *Opuscul.* pag. 645. sqq. Merkwürdig sind seine Worte S. 647. *Uti* ECKII *ac* BYNKERSHOEKII *emendatio nunquam placuit, ita et sententia* CONNANI *iam displicet. Video nexum inter Legem XV. et XVII. Animadverto,* ULPIANUM *sensisse, proprietatis dominum fundo, cuius alii ususfructus competit, imponere servitutem non posse, quamvis fructuarius consentiat. Fuisse* ULPIANO *rationem non insubtilem, quam tradit cl.* NOODT.

ſum facere poteſt conſentiente fructuario. Et hoc verum eſt. *Sed favore religionis interdum et ſolus proprietatis dominus locum religioſum facere poteſt.* Voorda ſah ebenfalls keinen andern Ausweg, und unterſchrieb dieſe Emendation. Einen etwas andern Weg ſchlug Cornelius van Bynkershök ein. Ihm war noch die adverſative Partikel *autem* anſtößig. Es mußte alſo eine andere ſubſtituirt werden, welche einen verbindenden Sinn hat. Er emendirte alſo auf folgende Art: Locum *item* religioſum facere poteſt, conſentiente uſufructuario. Sed interdum et ſolus proprietatis dominus locum religioſum facere poteſt; *et hoc verum eſt favore religionis.* Welche Kühnheit erlaubten ſich nicht hier die Kritiker, doch bey weitem noch nicht mit der zu vergleichen, zu welcher Reinold veranlaßt wurde! Denn jene Rechtsgelehrten ſuchten doch noch immer durch eine Emendation der Schwierigkeit abzuhelfen, ſo gewaltſam ſie auch immer war. Allein Reinold fand den Schaden ſo unheilbar, daß er glaubte, dem kranken Ulpian ſey anders nicht, als durch eine Amputation zu helfen. Er ſtrich alſo die Worte *favore religionis*, die er nun einmal, ohne dem Text Gewalt anzuthun, mit ſeiner Erklärung durchaus nicht vereinigen konnte, ohne Weiters weg, als welche, wie er ſagt [32]), nur eine unnöthige Anmerkung wären, die ein ſtudioſus iuris ſeinem Pandecten-Exemplar am Rande beygeſchrieben hätte, und welche in der Folge als ein Theil des Textes wären angeſehen worden. Wer wird nicht hier mit mir das Urtheil unterſchreiben, welches der grundgelehrte Perizonius [33]) über alle dieſe Kritiken ausſprach, wenn er

32) *Varior.* cap. 16. pag. 131.

33) Epiſt. cit. REINOLDI Opuſculis inſerta pag. 650.

er sagt: *Hoc vere est urere et secare, ut servias hypothesi?* In der That machte auch die Bündigkeit der Gründe, mit welcher dieser große Gelehrte die offenbare Ungereimtheit aller jener sogenannten Emendationen in der Kürze darstellte, wenn gleich **Voorda** seine Hypothese gegen **Perizonius** nur desto hartnäckiger zu vertheidigen suchte [34]), einen solchen Eindruck auf **Reinold**, daß er, wie bereits oben bemerkt worden, in einer neuern Schrift nun seine vorige Meinung selbst verwarf, und **Ulpians** Worte in ihrer grammatischen Bedeutung als richtig annahm. Es ist also jetzt nach dem, was zuletzt **Richter** [35]) insonderheit gegen **Voorda** erinnert hat, nicht dem mindesten Zweifel mehr unterworfen, daß die Worte: *ne quidem consentiente usufructuario*, in dem gewöhnlichen verneinenden Sinn zu nehmen sind; und nun bleibt es denn freylich immer ein schwer aufzulösendes Problem, warum der Proprietar auch nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuars einem Dritten eine solche Servitut einräumen könne, wobey das Recht des letztern leiden würde. Gesetzt aber auch, es ließe sich kein hinlänglicher Grund hiervon ausfindig machen, so giebt uns doch dieses noch bey weitem kein Recht, diese Lehre des römischen Rechts für unvernünftig zu halten. Denn es ist denn doch wohl noch immer ein großer Unterschied zwischen einem Satz, dessen Richtigkeit ich nicht durch bloße Vernunftschlüsse beweisen kann, und einem solchen, welcher gegen die Grundsätze der gesunden Vernunft streitet. Ueber den Grund jenes römischen Rechts-

34) Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. III. cap. 13.

35) Cit. Exercitat. cap. 3.

Rechtssatzes, so wie über dessen heutige Anwendbarkeit, sind nun freylich die Theoretiker und Practiker sehr verschiedener Meinung. Einige halten den ganzen Satz für eine bloße Subtilität des römischen Rechts, wovon sich gar kein befriedigender Grund ausfindig machen lasse, und wovon daher auch heut zu Tage gar kein Gebrauch zu machen sey [36]). Allein da sich ein contrårer Gerichtsgebrauch durchaus nicht beweisen läßt, so widersprechen mit Recht jener willkührlichen Behauptung Struv [37]), **Lauterbach** [38]), **Wernher** [39]), **Cocceji** [40]), **Hertel** [41]) und **Richter** [42]). Andere [43]) tragen wenigstens Bedenken, den Ausspruch Ulpians in der Allgemeinheit zu erklären, wie er lautet. Sie setzen daher die willkührliche Modification hinzu; es sey nur so beym legato usufructus zu hal-

36) GROENWEGEN Tr. de legib. abrogat. h. t. ad L. 15. cit. BRUNNEMANN Commentar. ad Pand. L. 15. h. t. nr. 4. SCHILTER Exercit. XVII. ad Pand. §. 46. junct. §. 44. STRYK Us. mod. P. h. t. §. 7. BOEHMER Introd. in ius Dig. Tit. de Servitut. §. 5. in fin. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CVII. med. 1. und unter den neuern WESTPHAL de lib. et serv. praed. §. 794. not. 710. in fin. pag. 536.

37) Synt. I. C. Exerc. XII. Th. 21.

38) Colleg. th. pr. Pand. Tit. de Servitut. §. 6.

39) Observat. select. for. Tom. I. P. I. Obs. 223.

40) Iur. civ. controv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 4. in fine.

41) Prolus. acad. de iuris Rom. subtilitatibus in specie Legis XV. §. fin. D. de Usufr. non ridendis. *Ienae* 1738.

42) Cit. Exercit. Cap. 6.

43) IENSIUS in Stricturis ad iuris Rom. Pandect. pag. 52. (edit. *Lugd. Batavor.* 1764. 4. maj.) und RICHTER cit. Exercit. Cap. 5.

halten, wegen der strengen Erklärung und möglichsten Aufrechterhaltung letzter Willensverordnungen. Bey allen andern Arten des Usufructus aber nicht. Also blos derjenige Nießbrauch, der dem Usufructuar in einem letzten Willen vermacht worden ist, sollte nicht durch Auflegung einer neuen Dienstbarkeit, gegen die Absicht des Testirers, verhindert oder gar aufgehoben werden. Allein wenn auch Sabinus, über den Ulpian commentirte, an dem Orte, wo diese Stelle entlehnt ist, von Vermächtnissen und insonderheit vom usufructu legato gehandelt haben sollte, so giebt dies doch noch keinen hinlänglichen Grund zu einer solchen einschränkenden Erklärung ab, indem es hier auf den Sinn ankommt, welchen die justinianeische Compilation durch ihre jetzige Fassung und Verbindung dem Fragment des Ulpians beygelegt hat. Wäre dieses Fragment blos von dem Falle zu verstehen, da der Nießbrauch in einem letzten Willen hinterlassen worden ist, so würde es gewiß nicht in dem allgemeinen Titel *de usufructu* stehen, sondern in dem Titel *de usu et usufructu legato* seinen Platz erhalten haben. Mit Recht verdient daher die Meinung derjenigen den Vorzug, welche Ulpians Fragment ohne Emendation in seiner Allgemeinheit erklären, so wie der deutliche Wortverstand es mit sich bringt. Nur die Bemühungen dieser Rechtsgelehrten, den Grund des darin enthaltenen Rechtssatzes auszuforschen, sind nicht überall von glücklichem Erfolge gewesen.

Eine genauere Prüfung derselben wird uns lebhaft davon überzeugen. So paßt der Grund ganz und gar nicht, den Bauer [44]) angiebt, wenn er sagt, die mit Ein-

44) Diss. cit. ad L. 15. in fin. D. h. t. §. 25.

willigung des Usufructuars constituirte Servitut könne man im Zweifel nur für eine temporäre halten, die sich nicht über die Zeit des Nießbrauchs hinauserstrecke. Nun gelte eine servitus ad tempus constituta nach dem strengen Rechte nicht. Richter[45]) hat diese Hypothese ausführlich widerlegt. Eben so wenig kann auch der Grund als entscheidend angenommen werden, daß auf einer schon vorhandenen Dienstbarkeit keinem andern eine neue Servitut eingeräumt werden könne, ob ihn gleich viele[46]) angenommen haben. Denn die Servitut wird ja nicht dem Nießbrauche, sondern der Sache aufgelegt, woran der Usufructuar nur den Nießbrauch hat[47]). Noch unrichtiger argumentiren diejenigen[48]), welche sagen, die Bestellung einer Servitut sey eine Art der Veräußerung. Wer nun, wie der Usufructuar, nicht alieniren kann, könne auch in keine Veräußerung auf eine rechtsbeständige

Art

45) Cit. Exercitat. Cap. 2.

46) *Lud.* VITALIS Lib. II. Lection. variar. iuris civ. cap. 8. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. rom.* Tom. II. pag. 669.) *Iac.* GUTHERIUS de iure manium Lib. III. cap. 2. pag. 433. (edit. *Lipsiae* 1671. 8.) *Ge. Frid.* DEINLIN Diss. servitus in servitute s. dispositio L. 15. §. ult. Dig. de Usufr. ex iure civ. Rom. explicata. *Altorfii* 1719. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. Lib. VIII. Tit. I. Qu. 4. not. η. Tom. II. pag. 37. und Zachariä in der angef. wissenschaftl. Entwickelung §. 16.

47) Man sehe Hugo Bemerkung zu Zachariä in dem civilist. Magazin. 2. B. S. 350. Not. *)

48) *Hugo* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 11. *Io.* STECK Observat. anticriticar. iur. cap. 5. (in *Ev.* OTTON. *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 512.) und *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 20.

Art einwilligen. Denn die *L. 165. D. de reg. iur.* aus welcher man argumentirt, geht nur auf solche Personen welche, wie z. B. Pupillen, gar nicht gültig consentiren können, wie schon Godefroi[49]) sehr gründlich dagegen erinnert hat; überdem folgt ja auch noch nicht, weil der Usufructuar nicht selbst eine Servitut auflegen kann, so kann er auch nicht gültig in die Auflegung einer Dienstbarkeit consentiren. Die meisten Rechtsgelehrten [50]) stimmen zwar dem Raphael Fulgosius bey, und erklären sich den Ausspruch Ulpians so, der Proprietar habe nur ein unvollständiges Eigenthum, welches an sich zur Bestellung einer Dienstbarkeit nicht genüge, und auch durch die Einwilligung des Usufructuars nicht vollständig gemacht werde, so lange dieser den Nießbrauch behält. Allein da auch bey dieser Erklärung noch immer die Hauptfrage unentschieden bleibt, warum der Usufructuar nicht durch seine Einwilligung die Handlung des Proprietars bekräftigen könne, da er doch den Nießbrauch sowohl ganz als zum Theil aufgeben kann, so ist auch diese Erklärung unbefriedigend. Daß überdem die bloße Proprietät den Eigenthümer berechtigen könne, einem Dritten eine solche Servitut

49) Animadversion. iur. civ. cap. 5.

50) *Lud.* RUSSARDUS et *Lud.* CHARONDAS ad L. 15. cit. *Io.* DEL CASTILLO SOTOMAYOR Quotidianar. Controvers. iuris Lib. I. de usufr. cap. XXXV. §. 16. *Iac.* CUJACIUS et *Ian. a* COSTA ad §. 9. I. de rer. divis. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. V. bey MEERMAN T. IV. pag. 180. *Ger.* NOODT de Usufructu Lib. I. cap. 15. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Comm. ad Tit. D. de Servitut. P. II. cap. 1. §. 18. bey MEERMAN Tom: VII. pag. 58. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 4.

vitut zu constituiren, wodurch der Nießbrauch auf keine Weise geschmälert wird, sagt ja die *L.* 16. *h. t.* ganz ausdrücklich. Auch dies würde der Proprietar nicht können, wenn die bloße Proprietät zur Auflegung einer Servitut schlechterdings nicht berechtigte. Aus diesen Gründen thun daher unsere heutige Rechtsgelehrten gar nicht Unrecht, wenn sie alle die bisher vorgetragenen Erklärungen und Meinungen verwerfen. Wir dürfen jedoch auch die neuern Versuche, die man zur Aufklärung der schwierigen *L.* 15. *h. t.* gemacht hat, nicht mit Stillschweigen übergehen. Unter diesen verdienen die Woltärische, die Reichhelmische und Schömannische Erklärung eine von Seiten des Scharfsinns gewiß rühmliche Auszeichnung. Herr Prof. Woltär [51]) glaubt, die ganze Schwierigkeit in der Stelle des Ulpians lasse sich durch folgende Paraphrase sehr leicht heben: Wenn Jemanden an einer Sache, an der bereits ein Anderer ein Nießbrauchsrecht hat, eine Servitut bestellet werden soll, bey deren Ausübung der bisherige Umfang des Nießbrauchsrechts des Usufructuars nicht bestehen kann, so sey zwar freylich nothwendig, daß solches nicht wider den Willen des Usufructuars geschehe. Dieser müsse allerdings darein willigen, allein seine bloße Einwilligung reiche noch nicht zu. Es müsse vielmehr derselbe seinem Nießbrauchsrechte insoweit entsagen, als erforderlich sey, damit

51) Versuch einer neuen Erklärung von einer für schwer gehaltenen Stelle aus den Pandecten; (in den Wöchentlichen Hallischen Anzeigen vom J. 1779. Nr. XII. XIII. u. XIV.) und in Desselben Observation. quae ad ius civ. et Brandenburg. pertinent, Fascic. II. Obs. 33. sub Tit. *de proprietatis domino, ne quidem consentiente fructuario, servitutem imponente: ad L.* 15. *§. ult. D. de usufr.* pag. 164. sqq.

damit durch eine solche daraus entstehende Consolidation der Proprietar diese Servitut nunmehr allein bestellen könne, weil solche nun nicht mehr die Rechte des Usufructuars kränken könne. Die Bestellung der Servitut müsse also auf eine solche Art geschehen, daß es niemals scheine, der Erwerber habe solche auch dem Usufructuar zu verdanken. Denn ein Usufructuar sey ein für allemal nicht berechtiget, eine Servitut zu bestellen. Es könne also auch der Proprietar nicht mit Einwilligung desselben eine Servitut bestellen, weil es gegen alle Regeln des Civilrechts streite, daß ein Eigenthümer und Nichteigenthümer gemeinschaftlich eine Servitut bestellen könnten. Aus dem allen ergebe sich nun so viel, daß der eigentliche Stein des Anstoßes, wodurch alle die Schwierigkeit, welche man bey dieser Stelle gefunden hat, veranlaßt worden ist, eigentlich darin liege, daß man irrig vorausgesetzt habe, als ob das Gesetz die Constituirung einer Servitut auf einer Sache, woran einem Andern das Nutznießungsrecht zusteht, insofern dadurch der Ususfructus beschränkt wird, gänzlich verboten habe. Dies sey aber weder in diesem, noch in irgend einem andern Gesetz des ganzen römischen Gesetzbuches geschehen. Die Gesetze hätten nur verordnet, daß der Usufructuar zu diesem Behuf in den Händen des Proprietars so viel von seinen Rechten resigniren müsse, daß der Proprietar nunmehr ganz allein, aus eigner Machtvollkommenheit, und ohne weitere Concurrenz des Usufructuars diese Servitut bestellen, und also der alleinige Auctor dieser neuen Servitut werden könne.

Allein so scharfsinnig auch diese Erklärung ist, so wenig kann ich mich davon überzeugen, daß Ulpian bey

den Worten: *ne quidem consentiente fructuario*, daran gedacht habe, daß nur die bloße Einwilligung des Usufructuars nicht hinreiche, sondern dazu noch eine besondere Cession oder Resignation des Usufructus erforderlich sey, so weit es nöthig ist, damit der Proprietar die Servitut nun ganz allein bestellen könne. Von einer feyerlichen Cession des Usufructs, die zu **Ulpians** [52]) Zeiten noch **in iure** geschahe, konnte nie die Rede gewesen seyn, weil dadurch dem ganzen Nießbrauche ein Ende gemacht wurde [53]). Diese war auch zu **Justinians** Zeiten längst ausser Gebrauch. Also nur von einer partiellen Resignation des Nießbrauchs an den Proprietar. Lag denn aber diese nicht in der Einwilligung des Usufructuars in die Bestellung der Dienstbarkeit? Man sage mir doch, wenn man nicht mit den Worten spielen will, was für ein Unterschied sey, ob der Usufructuar in die Bestellung der Servitut schlechthin williget, oder ob er dabey zugleich erklärt, er begebe sich seines Nutznießungsrechts in soweit, als nöthig ist, damit dem Dritten die verlangte Servitut constituirt werde. Auf eine Stipulation scheint es auch hier gar nicht angesehen gewesen zu seyn. Eine solche konnte ohnehin nach einer bekannten Rechtsregel nicht um eines Dritten willen geschehen; und war auch nicht nöthig, wo es blos auf die Einwilligung eines Andern bey der Bestellung eines Rechts ankam [54]). Der Usufructuar kann freylich keine Servitut bestellen, allein er bestellt sie auch nicht,

52) ULP. *Fragm.* Tit. XIX. §. 11. *In iure cedi* res etiam incorporales possunt, velut *usufructus.*

53) S. GALVANUS de Usufructu. Cap. XXXIII. §. VII. p. 548.

54) *L. 2. D. de Servitut.*

nicht, wenn er seine Einwilligung dazu giebt, daß der Proprietar einem Dritten eine Servitut constituire, wodurch der Usufructus geschmälert wird. Denn sonst könnte er auch nicht consentiren, wenn es blos auf die Bestellung einer Grabstätte angesehen ist, welches doch favore religionis ausnahmsweise geschehen kann. Es muß also wohl einen andern Grund haben, warum der Proprietar ausser diesen Fall eine den Nießbrauch beeinträchtigende Servitut auch nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuars einem Dritten constituiren kann.

Nicht glücklicher forschte in neuern Zeiten Reichshelm [55]. Er glaubt, man müsse von dem Grundsatz ausgehen: „So wenig ich auf die Erfüllung eines im Scherz geschehenen Versprechens zu dringen berechtiget bin, eben so wenig kann ich mich berechtigt fühlen, ein Recht aus einem Versprechen herzuleiten, nach welchem der Promissor sein Recht durch Entziehung eines wesentlichen Theils zwar einschränken, das Recht aber selbst beybehalten will.“ Ein solches Versprechen könne nur als Scherz aufgenommen werden. So wie nun der Pfandgläubiger das in der Natur des Pfandrechts liegende Veräußerungsrecht nicht aufgeben könne, ohne aufzuhören, Pfandgläubiger zu seyn; und so wenig der Socius von dem Gesellschaftsgewinne, dessen Gemeinschaftlichkeit ein wesentlicher Theil des Societätscontracts sey, nichts zu wollen, im Ernst versprechen könne, ohne aufzuhören, Socius zu seyn; — eben

55) Versuch einer Auslegung dunkler für den Theoretiker und Practiker gleich wichtiger Gesetze aus dem Civil- und Lehnrecht. (Halle 1799. 8.) Nr. VII. S. 241. ff.

eben so wenig könne der Eigenthümer auf das scherzhafte Versprechen des Nutznießers bauen, nach welchem dieser mit Beybehaltung seines Nießbrauches Verzicht auf das ius utendi thäte.

Allein kann denn nicht der Nutznießer einzelne Theile seines Usus fructus, so wie durch Nichtgebrauch an den Eigenthümer verlieren, so auch durch Abtretung an ihn aufgeben, ohne dadurch aufzuhören, Usufructuar im Betreff aller übrigen Theile zu seyn? Was könnte also den Eigenthümer hindern, nachdem er den Consens des Usufructuars auf diese Weise erhalten hat, auf die an ihn zurückgegebenen Theile des Usus fructus Servituten nach Gefallen zu legen? Zwar hat es freylich seine Richtigkeit, daß der Usufructuar, insofern er Theile seines Rechts an den Eigenthümer zurückgegeben hat, in Rücksicht derselben nicht mehr Usufructuar bleibe. Es heißt aber auch in den angeführten Stellen nicht, er müsse zugleich aufs Ganze den uneingeschränkten Nießbrauch behalten. Denn dies wäre eine Unmöglichkeit, wovon auch gar keine Rede ist. Es heißt nur, der Consens des Usufructuars solle nichts helfen. Den Widerspruch hingegen, das ius utendi an den Eigenthümer abzutreten, und doch zugleich dasselbe als fortbleibender Totalusufructuar zu behalten, ahnen sie gar nicht.

Auf mehreren Beyfall kann dagegen die Erklärung rechnen, welche **Franz Schöman** [56]) über die schwierige Stelle **Ulpians** gegeben hat. Eine Servitut, sagt dieser Gelehrte, die den Usus fruct beschränkt, läßt sich nicht anders

56) Handbuch des Civilrechts 1. Band. Nr. VII. S. 389. ff.

ders denken, als durch die an einen Dritten geschehene positive Uebertragung eines Theils des Nießbrauchs. Diese positive Uebertragung auf einen Dritten können beyde, Usufructuar und Proprietar, mit vereinten Kräften nicht bewirken. Betrachtet man nun, welche Eigenthumstheile, und wie dieselben durch Bestellung des Usufructus vom Eigenthümer auf den Usufructuar übertragen worden sind, und was demnächst noch in der dem Eigenthümer überbleibenden Proprietät enthalten ist; so werden uns diese simplen Abstractionen überzeugen, daß die reinsten Begriffe dem Urtheile des römischen Juristen zum Grunde lagen. Volle Benutzung der Sache ist das Wesen des Usufructs. Diese wurde vom Eigenthümer auf den Usufructuar übertragen, aber in dieser Uebertragung liegt keinesweges das Recht, diese Befugniß auf Andere weiter zu übertragen. Der Usufructuar kann also für sich selbst nichts von seinem Rechte an einen Dritten [57]) veräußern. Eben so wenig kann es der Proprietar für sich selbst. Denn alles Recht, Früchte von seiner Sache zu percipiren, und dieselben zu benutzen, ist von seinem Eigenthume losgerissen. Er hat es nicht mehr, so lange der von ihm bestellte Usufructus dauert. Was

57) d. i. welcher nicht der Proprietar ist. Cedendo extraneo nihil agitur, sagt Justinian *§. 3. I. de usufr.* Ueberläßt der Usufructuar einem Andern den Genuß der Früchte durch Kauf, Schenkung oder Verpachtung, so behält erster dennoch das Recht selbst, welches als ein subjectiv persönliches Recht von der Person des Usufructuars nicht getrennt werden kann. *L. 12. §. 2. L. 38. L. 39. L. 67. D. h. t. L. 8. §. 2. D. de peric. et commod. rei venditae. L. 3. §. 3. D. Quibus mod. usufr. amitt.*

Was könnte also die Concurrenz des beyderseitigen Consenses in die Uebertragung eines Theils der Nutznießung auf einen Dritten bewirken, welchen der eine, nämlich der Proprietar, dermalen gar nicht eigenthümlich hat; der andere aber, welcher ihn zwar dermalen eigenthümlich hat, nämlich der Usufructuar, nicht veräußern kann? Wenn nun aber gleich, nach Ulpians Ausspruche, auch nicht einmal die Einwilligung des Usufructuars den Eigenthümer berechtigen kann, eine Servitut zum Nachtheil des Nießbrauchs aufzulegen, so will das doch nicht so viel sagen, als ob der Dritte, dem man die Servitut geben wollte, das ihm verstattete Recht gar nicht ausüben dürfte. Allerdings ist die Uebertragung von Wirkung, so lang der Ususfructus dauert, sie gilt nur nicht als Servitut, nicht als ius proprium tertii, sondern blos als exercitium iuris alieni. Mit Endigung des Nießbrauchs hört auch die Wirkung der Uebertragung auf [58]).

Ich komme nun 2) auf die andere hier noch überhaupt zu erörternde Frage, nämlich wer eine Servitut erwerben könne? Sie ist dahin zu beantworten, daß derjenige, welcher die Dienstbarkeit erwerben will, zur Erwerbung derselben fähig seyn müsse. Dazu ist nun zwar, wenn von Personalservituten die Rede ist, hinreichend, wenn man überhaupt fähig ist, Rechte zu erwerben. Allein bey Realdienstbarkeiten wird noch insonderheit erfordert, daß man das Alleineigenthum des Grund-

stücks

58) *L. 1. in fin. D. de usu et usufr. legato.* Man sehe auch Hugo Lehrbuch der Pandecten. (Berlin 1805.) §. 64. Not. 1.

stücks habe, dem die Servitut erworben werden soll [59]). Daher kann nicht gültig von einem Miteigenthümer allein eine Servitut für ein gemeinschäftliches Grundstück erworben werden [60]), wenn nicht auch der andere Miteigenthümer darein williget [61]). Noch weniger kann also der Nichteigenthümer eines Grundstücks demselben eine Servitut erwerben. Diesem zu Folge sagt **Ulpian** [62]): Fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest. Eben deswegen kann auch nach dem römischen Rechte der Eigenthümer eines Grundstücks nicht sich und zugleich seinem Nachbar eine Servitut versprechen und bestellen lassen. In Ansehung des Nachbars ist das Versprechen ganz unwirksam. Nur der Eigenthümer erwirbt die Servitut seinem Grundstück ganz allein. **Javolen** [63]) sagt: Proprium solum vendo: an servitutem talem iniungere possum, *ut mihi et vicino*

59) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 621. lit. C.

60) *L. 5. D. Commun. praedior.* — Per unum socium *communi solo* servitus adquiri non potest.

61) *L. 19. D. de servit. praed. rustic.* sagt: Si *unus* ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, *inutilis est stipulatio:* quia nec dari ei potest. Sed si *omnes stipulentur*, singuli ex sociis, sibi dari oportere, petere possunt: *quia ita dari eis potest* a te. — *L. 28. D. eodem.* Itinere ad praedium commune duorum legato, *nisi uterque de loco itineris consentiat*, servitus neque adquiritur neque deperit. Man sehe über diese Stellen WESTPHAL cit. libr. §. 779. Not. 702.

62) *L. 15. §. 7. D. de usufr.*

63) *L. 5. D. Commun. praedior.*

vicino serviat? — Respondi, *servitutem recipere*[64]), *nisi sibi, nemo potest*: adiectio itaque vicini pro supervacuo habenda est: *ita ut tota servitus ad eum, qui receperit, pertineat.* Der Eigenthümer hingegen kann seinem Grundstück eine Dienstbarkeit erwerben, wenn er auch gleich kein vollständiges, oder auch nur ein wiederrufliches Eigenthum hat. Z. B. der Proprietar, auch wider den Willen des Usufructuars[65]), der Emphyteuta[66]), der Erbe, wenn der fundus unter einer Bedingung vermacht worden, und diese noch nicht existirt[67]). Es kann auch der Eigenthümer zweyer Grundstücke, wenn er sie beyde verkauft, das eine aber noch nicht tradirt hat, demselben noch eine Servitus auf dem andern, bereits dem Käufer übergebenen Grundstück, acquiriren, weil er vor der Uebergabe noch Eigenthümer ist. Hätte er aber beyde Grundstücke zu gleicher Zeit verkauft, und den Käufern bereits übergeben, so findet eine solche Erwerbung, oder Bestellung der Dienstbarkeit nicht mehr Statt[68]). Dahinge-

64) *Recipere* heißt hier so viel als excipere, sich vorbehalten. S. WESTPHAL §. 781. Not. 703.

65) *L. 15. §. 7. D. de usufr.*

66) Die dem emphyteutischen Gute erworbene Servituten sind wenigstens nach dem iure praetorio gültig, und wirken actiones utiles. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. VIII. Tit. I. §. 8. und WESTPHAL §. 795.

67) *L. 11. §. 1. D. Quemadm. servitut. amitt.*

68) *L. 8. D. Commun. praedior.* Si, cum duas haberem insulas, duobus eodem momento tradidero, videndum est, an servitus alterutris imposita valeat: quia alienis quidem aedibus imponi nec adquiri servitus potest. Sed ante traditionem peractam, suis

hingegen ist die Servitut, die mir allein vermacht worden, ungültig, wenn das Grundstück, dem sie zustehen soll, nicht mir allein, sondern mir und einem Andern gemeinschaftlich legirt worden ist; es wäre denn, daß der Colegatar seinen Theil nicht acquirirte; hier gilt die Servitut, wenn ich, dem sie vermacht worden, nun den ganzen Fundus erhalte [69]. Alle diese Grundsätze des römischen Rechts müssen auch noch heut zu Tage gelten, da wir in Teutschland das römische Recht nun einmal als gemeines verbindliches Recht, insonderheit auch in der Lehre von Dienstbarkeiten, aufgenommen haben, und diese Grundsätze mit dem System des römischen Rechts genau zusammenhängen [70]). Es fragt sich jedoch, ob man nicht eine Servitut auch durch einen Bevollmächtigten erwerben könne? Ein ausdrückliches Gesetz ist darüber nicht vorhanden. Nach der Analogie läßt sich indessen diese Frage mit **Lauterbach** [71]) und **Höpfner** [72]) ohne Bedenken bejahen.

suis magis adquirit vel imponit is, qui tradit, ideoque valebit servitus.

69) *L. 3. D. de servit. leget.* Si fundum Maevio, et ad eum viam per alium fundum, et eundem fundum sine via Titio legasset: si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum: quia neque acquiri per partem servitus possit. Et si prius Maevius fundum vindicaret, altero deliberante, posse dubitari, an, si postea Titius omisisset, viae legatum salvum esset, et hoc magis videbatur. S. WESTPHAL §. 783—785.

70) S. Zachariä wissenschaftl. Entwickel. der Lehre des R. R. von dinglichen Servituten §. 16. bey Hugo im civ. Magazin. 2. B. S. 348.

71) Colleg. th. pract. Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 9.

72) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 435.

jahen. Denn durch einen Procurator kann man ja Besitz und Eigenthum erwerben [73]).

§. 626.

Unterschied zwischen Bestellung einer Dienstbarkeit unter Lebendigen und auf den Todesfall. Stillschweigende Constitution einer Servitut.

Eine Servitut, die mir der Eigenthümer constituirt, kann nun auf verschiedene Art entstehen.

1) Durch einen **Vertrag**, und zwar ist jede erlaubte Convention dazu geeigenschaftet, sie sey Schenkung oder Kauf, oder ein anderer benannter oder unbenannter Contract [74]). Es muß nur, wenn der Vertrag von Wirkung seyn soll, die Servitut nicht zu allgemein versprochen [75]), auch das Versprechen nicht nach Willkühr des Concedenten widerruflich seyn [76]). Denn durch ein Prekarium

73) *§. 5. I. per quas person. cuique acquir. L. 20. §. 2. D. de acquir. rer. dom.* Vid. *Io. Car. Gebb.* REINHARD Diss. de dominii adquisitione per procuratorem. *Vitemb.* 1778.

74) WESTPHAL cit. libr. §. 821.

75) *L. 7. pr. Commun. praedior.* In tradendis unis aedibus ab eo, qui binas habet, *species servitutis* exprimenda est: *ne si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quae servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat.*

76) *L. 17. D. eodem.* Si precario vicinus in tuo maceriam (Wand) duxerit, interdicto, quod precario habet, agi non poterit: nec maceria posita, donatio servitutis perfecta intelligitur, nec utiliter intendetur, ius sibi esse, invito te, aedificatum habere: cum aedificium, soli conditionem secutum, inutilem faciat intentionem. Caeterum, si in suo maceriam precario,

rium kann keine Servitut constituirt werden [77]). Es ist jedoch das blosse Versprechen zur Entstehung der Servitut noch nicht hinreichend, es muß noch eine Tradition hinzukommen, wodurch das dingliche Recht der Dienstbarkeit erworben wird [78]). Der Vertrag an sich giebt nur ein ius ad rem [79]). Diese Tradition ist verschieden nach der Natur einer jeden Servitut. Bey persönlichen Servituten, welche das Eigenthümliche haben, daß die Ausübung derselben immer mit dem natürlichen Besitz der Sache selbst verbunden ist, geschieht sie durch dasselbe Factum, wodurch der Besitz der Sache selbst erworben wird, namentlich durch Einhändigung der Sache, oder dadurch, daß der Eigenthümer den Usufructuar in das Grundstück einführt, oder ihn selbst Besitz nehmen läßt [80]). Bey den dinglichen Servituten verhält sich

cario, qui servitutem tibi debuit, duxerit: neque libertas usucapietur, et interdicto, quod precario habet, utiliter cum eo agetur.

77) WESTPHAL cit. libr. §. 826.

78) *L. 1. §. 2. D. de Servitut. praed. rusticor.* *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.* WESTPHAL §. 828. Hieraus erklärt sich, wenn Paulus *L. 3. pr. D. de obligat. et act.* sagt: *Obligationum substantia non in eo consistit*, ut aliquod corpus nostrum, *aut servitutem nostram faciat*, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. S. GALVANUS de Usufructu Cap. XVIII. §. 10.

79) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 352.

80) *L. 3. pr. D. h. t.* S. GALVANUS de Usufr. cap. XVIII. §. 12. pag. 202. edit. *Tubing.* Nach dem ältern Recht war ein Unterschied, ob der Gegenstand der Servitut eine res mancipi oder res nec mancipi war. In dem letztern Falle wurde schon

sich die Sache anders. Hier ist der Unterschied zwischen affirmativen und negativen Servituten wichtig. Bey den erstern ist das, was der Eigenthümer des dienstbaren Gutes vermöge der Servitut leiden muß, entweder eine eigene Handlung des Berechtigten für sich, die nur mittelbar auf das andere Grundstück sich bezieht, wie z. B. bey der servitute itineris, actus, viae; oder es ist mit dem

durch die bloße Tradition das ius usufructus begründet. Im ersten Falle hingegen war eine mancipatio oder in iure cessio nöthig. ULP. *Fragm. XIX.* §. *1. et 11.* SCHULTING in Iurisprud. anteiust. pag. 623. not. 39. Die bloße Tradition begründete ausser der iuris quasi possessio nur eine actio publiciana. *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.* Auf diesen Unterschied bezieht sich das, was *L. 1. pr. D. Quib. mod. usufructus amitt.* gesagt wird, wo es heißt: Non solum usumfructum amitti capitis deminutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum *iure sit constitutus* ususfructus, an vero *tuitione Praetoris.* Proinde *traditus* quoque ususfructus, item in fundo vectigali vel superficie *non iure constitutus*, capitis minutione amittitur. Hiervon hing ferner der Unterschied zwischen *dominium ususfructus* und *possessio ususfrucus* ab, dessen Julian *L. 3. D. Si ususfruct. petat.* gedenkt. Man sehe den 8. Theil dieses Commentars §. 576. Not. 81. und §. 593. Not. 37. Der Unterschied zwischen *Traditio* und *Cessio* fällt nun aber jetzt weg, nachdem Justinian *L. un. Cod. de nudo iure Quirit. toll.* den Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi aufgehoben hat. S. SCHULTING c. l. pag. 624. und von Savigny Recht des Besitzes §. 45. Not. 1. In Ansehung der Induction bemerke ich nur noch, daß dieselbe auch dadurch geschehen kann, wenn ich einem Andern verbiete, demjenigen Gewalt anzuthun, welcher von dem Grundstück mit meinem Willen Besitz nehmen will. *L. 52. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss.*

dem Besitz des andern Grundstücks unmittelbar verbunden, wie z. B. bey der servitute oneris ferendi, tigni immittendi. Im ersten Falle gilt die erste wirkliche Ausübung der eingeräumten Servitut, welche mit Wissen und ohne Widerspruch des Concedenten geschieht (patientia), statt der Tradition [81]. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn der sonst so gelehrte Bachov [82]) gegen die klare Verordnung der Gesetze behauptet, daß selbst zur Acquisition affirmativer Dienstbarkeiten der bloße Vertrag hinreichend sey, um eine actio in rem zu begründen, wogegen

81) *L. ult. D. de Servitut.* Quoties via, aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse *Labeo*, per te non fieri, quominus eo iure uti possit: quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, *usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse.* Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Die ältern römischen Juristen hielten eine Caution für nöthig, welche die Stelle der Tradition vertrat. Ausser Labeo, der hier angeführt wird, war auch Sabinus dieser Meinung, wie aus *L. 3. §. 2. D. de act. emti vend.* erhellet. Allein das neuere Zeitalter des Javolenus verwarf diese Cautionsleistung. Man sehe Westphal §. 828. Not. 738. Noch ist eine Stelle beyzufügen. *L. 1. §. 2. D. de Servitut. praed. rusticor.* Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris. Bey den servitutibus praediorum rusticorum, welche zu den rebus mancipi gehörten, war ehemals eine mancipatio oder cessio in iure nöthig, wenn die Constitution derselben nach dem Civilrecht gelten sollte. (ULP. *Fragm. XIX. §. 11.*) Die Traditio und patientia gab nur eine actio Publiciana. *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act.* S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 32. §. 8. von Savigny Recht des Besitzes §. 46. S. 421 Not. 1.

82) Commentar. ad §. 4. I. de Servitut.

gen der große Vinnius [83]) mit allem Recht erinnert hat, er habe nie etwas gehört, *quod a ratione et auctoritate iuris magis abhorreat.* In dem letztern Falle hingegen, da affirmative Dienstbarkeiten mit dem Besitz des dienstbaren Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, geschieht die Tradition durch dieselbe Handlung, durch welche der Besitz der Sache erworben wird [84]). Da nun diese Servituten immer in einer fortdauernden Anstalt bestehen, durch deren Daseyn das Recht wirklich ausgeübt wird, so hängt nun die Erwerbung derselben davon ab, daß diese Anstalt, z. B. bey der servitute tigni immittendi die immissio, wirklich Statt finde [85]). So viel endlich die negativen Dienstbarkeiten anbetrifft, vermöge deren man von dem Eigenthümer eines Grundstücks fordern kann, daß er etwas unterlasse, was er sonst als Eigenthümer zu thun berechtiget wäre, so nehmen die meisten Rechtsgelehrten ganz richtig an, daß diese Rechte ohne alle Uebergabe, durch bloßen Vertrag, erworben werden können [86]). Denn da hier keine Form bestimmt ist, und doch diese Rechte selbst in den Gesetzen anerkannt sind, so müssen sie auch ohne alle Form erworben werden können,

83) Commentar. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 5.

84) *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. L. 20. pr. D. de servitut. praed. urban. L. 16. D. Si servit. vindic.* Von dieser Art sind die servitutes urbanae. Bey diesen ist die bloße traditio oder patientia hinreichend. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 32. §. 8.

85) S. v. Savigny a. a. O. S. 433.

86) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 352. und Weber zu Höpfner Not. (*) S. 366.

nen, wenn nur der Eigenthümer in ihren Erwerb einwilliget [87]). Einige [88]) behaupten zwar, daß auch hier eine iuris quasi traditio nöthig sey, welche darin bestehen soll, daß derjenige, gegen den das negative Recht geltend gemacht werden soll, ein factum contrarium, freylich nur zum Schein, vornehme, und sich dann bey dem erfolgten Widerspruche des Andern beruhige; oder es müsse wenigstens dem Contract eine Clausel beygefügt werden, wodurch für die Zukunft gegen alle der Servitut entgegenstreitende Handlungen ein für allemal protestirt wird. Allein die Gesetze haben eine solche Formalität bey Erwerbung negativer Servituten, die durch Verträge constituirt werden, nirgends eingeführt. Man irrt also offenbar, daß man die Nothwendigkeit der Tradition, die bey dem Eigenthum, so wie bey den Servituten, bey denen sie sich denken läßt, in den Gesetzen vorgeschrieben ist, ganz willkührlich auf alles ius in re ausgedehnt hat [89]). Es läßt sich indessen gar wohl behaupten, daß durch den Vertrag, und die vermöge desselben geschehene Unterlassung auch der Besitz des iuris prohibendi oder der negativen Servitut auf den Berechtigten übergehe. Denn wenn sich Jemand z. B. servitutem altius non tollendi constituiren läßt, so baut der Constituent von diesem Augenblick an nicht mehr

87) S. v. Savigny a. a. O. S. 433. f.

88) S. Thibaut über Besitz und Verjährung 1. Th. §. 16. und Heislers Prüfung des gemeinen Satzes, daß die verneinenden Dienstbarkeiten durch bloße Verträge ohne Uebergabe erlangt werden; in Desselben jurist. Abhandlungen 1. Th. 3. St. (Halle 1783. 4.) §. 14—16.

89) S. v. Savigny a. a. O. §. 46. S. 434. Not. 2.

gen der große Vinnius [83]) mit allem Recht erinnert hat, er habe nie etwas gehört, *quod a ratione et auctoritate iuris magis abhorreat*. In dem letztern Falle hingegen, da affirmative Dienstbarkeiten mit dem Besitz des dienstbaren Grundstücks in unmittelbarer Verbindung stehen, geschieht die Tradition durch dieselbe Handlung, durch welche der Besitz der Sache erworben wird [84]). Da nun diese Servituten immer in einer fortdauernden Anstalt bestehen, durch deren Daseyn das Recht wirklich ausgeübt wird, so hängt nun die Erwerbung derselben davon ab, daß diese Anstalt, z. B. bey der servitute tigni immittendi die immissio, wirklich Statt finde [85]). So viel endlich die negativen Dienstbarkeiten anbetrifft, vermöge deren man von dem Eigenthümer eines Grundstücks fordern kann, daß er etwas unterlasse, was er sonst als Eigenthümer zu thun berechtiget wäre, so nehmen die meisten Rechtsgelehrten ganz richtig an, daß diese Rechte ohne alle Uebergabe, durch bloßen Vertrag, erworben werden können [86]). Denn da hier keine Form bestimmt ist, und doch diese Rechte selbst in den Gesetzen anerkannt sind, so müssen sie auch ohne alle Form erworben werden können,

83) Commentar. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 5.

84) *L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. L. 20. pr. D. de servitut. praed. urban. L. 16. D. Si servit. vindic.* Von dieser Art sind die servitutes urbanae. Bey diesen ist die bloße traditio oder patientia hinreichend. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 32. §. 8.

85) S. v. Savigny a. a. O. S. 433.

86) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 352. und Weber zu Höpfner Not. (*) S. 366.

nen, wenn nur der Eigenthümer in ihren Erwerb einwilliget [87]). Einige [88]) behaupten zwar, daß auch hier eine iuris quasi traditio nöthig sey, welche darin bestehen soll, daß derjenige, gegen den das negative Recht geltend gemacht werden soll, ein factum contrarium, freylich nur zum Schein, vornehme, und sich dann bey dem erfolgten Widerspruche des Andern beruhige; oder es müsse wenigstens dem Contract eine Clausel beygefügt werden, wodurch für die Zukunft gegen alle der Servitut entgegenstreitende Handlungen ein für allemal protestirt wird. Allein die Gesetze haben eine solche Formalität bey Erwerbung negativer Servituten, die durch Verträge constituirt werden, nirgends eingeführt. Man irrt also offenbar, daß man die Nothwendigkeit der Tradition, die bey dem Eigenthum, so wie bey den Servituten, bey denen sie sich denken läßt, in den Gesetzen vorgeschrieben ist, ganz willkührlich auf alles ius in re ausgedehnt hat [89]). Es läßt sich indessen gar wohl behaupten, daß durch den Vertrag, und die vermöge desselben geschehene Unterlassung auch der Besitz des iuris prohibendi oder der negativen Servitut auf den Berechtigten übergehe. Denn wenn sich Jemand z. B. servitutem altius non tollendi constituiren läßt, so baut der Constituent von diesem Augenblick an nicht

 mehr

87) S. v. Savigny a. a. O. S. 433. f.

88) S. Thibaut über Besitz und Verjährung 1. Th. §. 16. und Heislers Prüfung des gemeinen Satzes, daß die verneinenden Dienstbarkeiten durch bloße Verträge ohne Uebergabe erlangt werden; in Desselben jurist. Abhandlungen 1. Th. 3. St. (Halle 1783. 4.) §. 14—16.

89) S. v. Savigny a. a. O. §. 46. S. 434. Not. 2.

mehr höher, und leidet diese Einschränkung. Der Erwerber aber fängt zugleich an, diese Bequemlichkeit, daß der andere nicht mehr höher bauen darf, zu genießen [90].

Noch ist zu bemerken, daß man sich auch beym Verkauf eines Grundstücks eine Servitut vorbehalten kann [91]; ja es wird zuweilen eine Servitut als stillschweigend constituirt angenommen, nämlich wenn ein Eigenthümer mehrere Grundstücke hatte, das eine zum Vortheil des andern benutzte, und nun das eine Grundstück veräußert. Ist in diesem Falle die bisher statt gehabte Benutzung zur Erhaltung des veräußerten Grundstücks wesentlich nothwendig, so kann der Erwerber desselben die Benutzung, als Dienstbarkeit, fortsetzen [92].

Eine

90) S. *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de ficta s. quasi traditione, (*Tubingae* 1662.) Th. 32. und Weber zu Höpfners Commentar §. 352. Not. (*) S. 366.

91) *L.* 3. *D. Commun. praedior.* Duorum praediorum dominus si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium, quod datur, serviat ei, quod ipse retinet, iure imposita servitus intelligitur. — *L.* 34. *D. de servit. praed. urban.* Et qui duas areas habet, alteram tradendo, servam alteri efficere potest. Man sehe auch *L.* 32. *D. de usufr.* Der Unterschied, ob eine Servitut durch Vertrag oder durch Vorbehalt constituirt wird, besteht darin, daß in dem letztern Falle, nicht so, wie in dem ersten, eine Tradition zur Erwerbung eines dinglichen Rechts erfordert wird. S. WESTPHAL de lib. et serv. praed. §. 822. Not. 732. pag. 561.

92) *L.* 36. *et* 37. *D. de servitut. praedior. urbanor.* Die Worte: Idemque esse, et si duobus aedes cesserint, geben auf eine Uebertragung unter den Lebendigen, denn vorher war vom Vermächtniß die Rede. S. WESTPHAL §. 541. pag. 338. Man sehe

Eine Servitut kann hiernächst auch

2) durch eine letzte Willensverordnung von dem Eigenthümer bestellet werden. Nach den Gesetzen der Pandecten kam es hier auf die Formel des Legats an, ob nämlich die Servitut *per vindicationem*, d. i. mit der Formel: DO, LEGO, SUMITO, CAPITO, HABETO; oder *per damnationem*, d. i. mit der Formel: HERES MEUS DAMNAS ESTO DARE TITIO USUMFRUCTUM; oder *sinendi modo*, d. i. mit der Formel: HEREDEM MEUM DAMNO, UT PATIATUR, VICINUM TIGNUM AEDIFICII SUI IN PARIETEM IMMITTERE, oder HERES MEUS PATIATUR, VICINUM PER FUNDUM SUUM IRE, AGERE, AQUAMVE EX EO DUCERE, war vermacht worden. Nur im ersten Falle erwarb der Legatar die ihm vermachte Servitut ipso iure, ohne daß eine weitere Tradition oder Cession von Seiten des Erben erforderlich war, und er konnte sein Recht gegen jeden mit einer Vindication verfolgen. In den beyden letzten Fällen hingegen ward zur Erwerbung der legirten Servitut eine traditio oder patientia heredis erfordert, und dem Legatar stand nur die *actio personalis ex testamento* gegen den Erben zu [93]. Auf diesen

sehe auch *L. 47. D. de damno infecto.* HERT Diss. de servitute facto constituta. in EIUS *Commentat.* atque *Opusc.* Vol. I. Tom. III. pag. 122. seqq. HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Tom. I. Lib. II. Tit. 3. Th. 1. not. a. pag. 321. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 621. S. 58.

93) PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. III. Tit. 6. §. 17. Ususfructus uniuscuiusque rei legari potest; et aut *ipso iure* constituetur, aut *per heredem praestabitur. Ex causa quidem damnationis* per heredem praestabitur; ipso autem iure *per vindicationem.* S. *Ian.*

sen Unterschied beziehen sich folgende Stellen der Pandecten.

L. 19. §. 1. *D. Quem. servit. amitt.* Si per fundum meum viam tibi legavero, et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitutem *ignoraveris*, eam tibi legatam esse: *amittes viam non utendo.* Quodsi intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris: *ad emtorem via pertinebit*, si reliquo tempore ea usus fuerit: *quia scilicet tua esse coeperat*, ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat. Diese Stelle ist von einem legato servitutis per vindicationem relicto zu verstehen, wie sie auch Johann D'Avezan[94]) und Westphal[95]) ganz richtig erklären. Ein solches Legat erwarb der Legatar nach dem Tode des Testirers ipso iure, auch ohne es selbst zu wissen[96]); und so gieng es denn nicht nur ipso iure durch Nichtgebrauch verlohren, sondern auch als eine, dem

S. *Ian.* a COSTA Praelect. ad illustr. quosd. Titulos iuris civ. ad L. 5. D. de Servitut. pag. 34. und VINNIUS in Comm. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 3. Diese Stelle beweißt, zugleich, daß es irrig ist, wenn WESTPHAL de servitut. praed. §. 820. Not. 729. behauptet, der ususfructus habe nur *per damnationem* vermacht werden können. Das Gegentheil lehren *L.* 29. *L.* 32. *pr.* und *L.* 41. *D. de usu et usufr. legato. L.* 34. §. 14. *D. de legat. I.* S. VINNIUS in Comm. ad §. 1. I. de usufr. nr. 2.

94) Servitutum lib. P. IV. bey MEERMAN T. IV. pag. 172.

95) De libert. et servit. praedior. §. 901. Not. 796.

96) *L.* 80. *D. de legat. II. L.* 64. *D. de furt. L.* 77. §. 3. *D. de legat. II.*

dem Grundstück des Legatars ipso iure erworbene Servitut, auf den unwissenden Käufer desselben über.

L. 3. pr. D. de usufr. Omnium praediorum, *iure legati*, potest constitui usus fructus, *ut heres iubeatur, dare alicui usumfructum.* Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui.

L. 2. D. Si usus fruct. petetur. Si ab herede ex testamento fundi usus fructus petitus sit, qui arbores deiecisset, aut aedificium demolitus esset; aut aliquo modo deteriorem usumfructum fecisset, aut servitutes imponendo, aut vicinorum praedia liberando; ad iudicis religionem pertinet, ut inspiciat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit, ut usufructuario hoc, quod interest, ab eo servetur.

Beyde Stellen reden von einem usufructu *per damnationem* relicto. Dies beweisen nicht nur die Worte: *ut heres iubeatur dare* etc. [97]), sondern auch die actio personalis ex testamento, davon in der L. 2. die Rede ist [98]). Ein solches Legat hatte also das Eigenthümliche, daß zum Erwerb des dinglichen Rechts ein factum, oder eine patientia von Seiten des Erben erforderlich war, wodurch

97) ULP. *Fragm.* Tit. XXIV. Per damnationem his verbis legamus: *heres meus damnas esto dare: dato, facito, heredem meum dare iubeo.*

98) THEOPHILUS *Paraphr. gr. Institut. Iustin.* Lib. II. Tit. 1. §. 2. sagt: Damnationis verba sunt: *Damno te heres, dare illi solidos C.* Hinc nascebatur legatario adversus heredem *actio personalis*, quae dicebatur *ex testamento.*

wodurch der Legatar den Besitz der Sache, oder die Quasi-possession erhielt. Bey Grundstücken, wovon die L. 3. redet, konnte die Tradition durch Einführung des Legatars in das Grundstück, oder dadurch geschehen, daß der Erbe den fructuarius selbst Besitz nehmen ließ, vorausgesetzt, daß dieses alles in bestimmter Beziehung auf den usus-fructus geschahe. Merkwürdig ist es, daß bey diesem Legat dem Erben erlaubt war, vor der Uebergabe dem nutznießlichen Grundstück Dienstbarkeiten aufzulegen. Denn hier wurde der Erbe noch für den völligen Eigenthümer gehalten, weil erst durch die Uebergabe das dominium ususfructus auf den Legatar übergieng. Es erloschen auch nachher die einmal aufgelegten Dienstbarkeiten nicht, sondern waren sie dem Rechte des Usufructuars nachtheilig, so konnte letzter gegen den Erben blos auf das Interesse klagen [99].

Nach dem angegebenen Unterschiede sind ferner zu vereinigen:

L. 9. D. de Servitut. Si cui simpliciter via per fundum cuiuspiam cedatur, vel relinquatur, in infinito (videlicet per quamlibet eius partem) ita agere licebit, civiliter modo.

L. 26. D. de Servitut. praed. rusticor. Si via, iter, actus, aquaeductus legetur simpliciter per fundum: facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituere servitutem; si modo nulla captio legatario in servitute sit.

Denn,

99) Man vergleiche hier vorzüglich GALVANUS de Usufructu. Cap. XXXV. §. 5. pag. 522. seqq. edit. *Tubing.*

Denn, wie Merillius [100]) und Westphal [1]) ganz richtig bemerken, so redet die erste Stelle von einem legato per vindicationem, und die letztere von einem legato per damnationem relicto.

Justinian hat jedoch in der bekannten *L. 1. Cod. Commun. de legat.* den Unterschied der Formeln bey Vermächtnissen aufgehoben, und verordnet, daß alle Vermächtnisse, sie mögen hinterlassen seyn, mit welchen Worten sie wollen, von gleicher Natur und Wirkung seyn sollen. Nach dieser neuen Constitution wird also nun eine durch ein Legat constituirte Servitut ohne Unterschied, wie sie vermacht worden ist, ipso iure erworben, sie sey eine persönliche oder dingliche, und es hängt ganz von der Willkühr des Legatars ab, ob er sich deshalb einer Vindication oder der persönlichen Testamentsklage gegen den Erben bedienen wolle [2]). Der bloße Wille des Verstorbenen ist schon zur Erwerbung des dinglichen Dienstbarkeitsrechts hinreichend, ohne daß von Seiten des Erben eine traditio oder patientia erfordert wird [3]). Hier entsteht nun aber freylich eine nicht geringe Schwierigkeit. Justinian hatte doch die Verordnung von der Exäquation der Vermächtnisse schon vor den Pandecten gegeben,

100) Commentar. ad §. 4. I. de legat. Man sehe auch POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. VIII. Tit. 3. Num. VIII. p. 267.

1) Cit. lib. §. 548. Not. d. pag. 349.

2) S. *Ian. a* COSTA Praelect. cit. pag. 34. und *Io.* D'AVEZAN cit. libr. P. IV. pag. 172.

3) S. VINNII Comm. ad §. 4. I. de Servitut. nr. 3.

ben[4]), und doch wurden Stellen in die letzteren aufgenommen, die jenen Unterschied des ältern Rechts zum Grunde hatten? Vinnius [5]) sagt: *Quodsi qua adbuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurrent, scito,* TRIBONIANUM *haec per incuriam reliquisse, qui dum responsa Iurisconsultorum ad constitutionem* IUSTINIANI *accommodare studuit, verba quidem haec, per vindicationem, aut damnationem, ubique sustulit; rem autem ipsam et effectum reliquit.* Allein dies heißt den Knoten zerhauen, statt ihn aufzulösen. Richtiger scheint mir Galvanus [6]) die Sache anzusehen, wenn er sagt: Imperator in d. *L.* I. *C. Commun. de leg.* ita sustulit differentias verborum, ut conservaverit differentias voluntatum: id est constituit, ut nullum legatum videatur conceptum verbis potius vindicationis, quam damnationis, sed tamen permisit, ut quisque suis legatis illum effectum praescriberet, quem vellet. Igitur *fragmenta iuris auctorum, quibus agebatur de legatis per vindicationem ac per damnationem, et quae hodie inserta leguntur in compilatione* IUSTINIANEA, *ita propter varietates Iurisprudentiae Romanae sunt distinguenda, ut relata ad* VETERES AUCTORES *aestimentur magis a verborum formulis, quam a voluntatibus testatorum; relata vero ad* IUSTINIANUM *aestimentur potius a voluntatis dispositione, quam formulae conceptione.*

Uebri-

4) *L.* I. *C. Commun. de legat.* ist vom Jahr 529. und Justinian gedenkt dieser Verordnung auch schon in seinen Institutionen §. 2. *I. de legat.*

5) Commentar. ad §. 2. I. de legat. nr. 2.

6) De Usufructu Cap. XXXV. pag. 524. edit. *Tubing.*

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß eine Servitut auch stillschweigend vermacht werden kann, welches alsdann der Fall ist, wenn die legirte Sache ohne die Servitut gar nicht zu gebrauchen seyn würde [7]). Auf solche Art können nicht nur persönliche, sondern auch dingliche Servituten stillschweigend legirt werden. Von beyden finden wir Beyspiele in den Gesetzen.

L. 15. §. 1. *D. de usu et usufr. leg.* Qui duos fundos habebat, unum legavit, et alterius fundi usumfructum alii legavit. Quaero, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat, quam per illum fundum, qui legatus est: an fructuario servitus debeatur? Respondit, *quemadmodum si in hereditate esset fundus, per quem fructuario potest praestari via*, SECUNDUM VOLUNTATEM DEFUNCTI *videtur id exigere ab herede: ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius ius transeundi usufructuario praestet*: ut haec forma in agris servetur, quae vivo testatore obtinuerit, sive donec ususfructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redierit.

L. 44. §. 9. *D. de legat. I.* Si duos fundos habens testator, alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit; *sed heres cogitur redimere aditum et praestare.*

L. 10. *D. de Servitut. praed. urb.* Gaurus Marcello. Binas aedes habeo, alteras tibi lego; heres aedes

7) S. *Gabr. Christ. Ant.* HAUPT Diss. de legato servitutis tacito, praes. *Car. Frid.* WALCHIO def. *Ienae* 1796. 4.

aedes alteras altius tollit, et luminibus tuis officit: quid cum illo agere potes? et an interesse putes, suas aedes altius tollat, an hereditarias? et de illo quaero, an per alienas aedes accessum haeres ad eam rem, quae legatur, praestare debet: sicut solet quaeri, cum usufructus loci legatus est, ad quem locum accedi, nisi per alienum, non potest. MARCELLUS respondit: Qui binas aedes habebat, si alteras legavit, *non dubium est, quin haeres* [alias] *possit altius tollendo obscurare lumina legatarum aedium.* Idem dicendum est, si alteri aedes, alteri aliarum usumfructum legaverit [8]. Non autem semper simile est itineris argumentum, *quia sine accessu nullum est fructus legatum*: habitare autem potest, et aedibus obscuratis. *Caeterum* [9]) *usufructu loci legato, etiam accessus dandus est*, quia, et haustu relicto, iter quoque ad hauriendum praestaretur. *Sed ita officere luminibus, et obscurare legatas aedes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione* [10]).

L. 81.

8) CUJACIUS Observat. Lib. I. cap. 7. will hier lesen: *Idem dicendum est, si alterarum aedium usumfructum legarit*; allein ohne hinreichenden Grund, wie *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. II. cap. 20. (in *Ev.* OTTONIS Thes. Iur. Rom. Tom. IV. pag. 592.) und *Em.* MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib. III. cap. 5. gegen Cujaz gezeigt haben.

9) *Caeterum* ist hier so viel als *nimirum*. S. WESTPHAL cit. lib. §. 815. not. a. in fin. pag. 555.

10) Hiermit stimmt auch *L. 30. D. de usufr.* überein.

L. 81. §. 3. *D. de legat. I.* Qui fundum, *excepto aedificio*, legat, appellatione aedificii aut superficiem significat, aut solum quoque, cui aedificium superpositum est.. Si de sola superficie [11]) exceperit, nihilominus iure legati totus fundus vindicabitur: sed exceptione doli mali posita, consequetur heres id, *ut sibi habitare in villa liceat*, in quo inerit [12]), *ut iter quoque et actum in ea habeat.* Si vero solum quoque exceptum fuerit, fundus, excepta villa, vindicari debebit, *et servitus ipso iure villae debebitur, non secus, ac si duorum fundorum dominus alterum legaverit, ita ut alteri serviret.* Sed inclinandum est, testatorem etiam de solo cogitasse, sine quo aedificium stare non potest [13]).

L. 20. *pr. D. Si servit. vind.* Testatrix fundo, quem legaverat, casas iunctas habuit: quaesitum est, si hae fundo legato non cederent, eumque legatarius vindicasset, an ille fundus aliquam servitutem casis debe-

11) So ist statt: de soli superficie, wie die gewöhnliche Leseart lautet, mit Haloander, *Pet. ab* AREA BAUDOZA CESTIUS und Brenkmann zu lesen.

12) Die Worte: *in quo inerit*, deuten klar auf ein legatum tacitum. Das Wort *inesse* war hier der gewöhnliche Ausdruck, wie viele Stellen beweisen. *L. 12. §. 41. L. 18. §. 1. D. de instructu vel instrum. leg. L. 4. D. de annuis leg. L. 1. §. 14. D. Ut legator. L. 1. pr. L. 99. D. de condit. et demonstr.* u. a. m. Vid. BRISSONIUS de Verbor. Signif. v. *Inesse.*

13) Daß auch dem Erben selbst ein Legat hinterlassen werden kann, wenn es ihm ein Anderer prästiren muß, hat keinen Zweifel.

deberet: aut si ex fideicommissi caussa eum sibi dare legatarius desideraret, heredes servitutem aliquam casis excipere deberent? Respondit, deberi [14]).

L. 1. §. 1—4. *D. Si ususfr. petet.* Ususfructus legatus adminiculis eget, sine quibus uti frui quis non potest. Et ideo, si ususfructus legetur, necesse est tamen, ut sequatur eum aditus: usque adeo, ut si quis usumfructum loci leget ita, *ne heres cogatur viam praestare*, inutiliter hoc adiectum videatur. Item si, usufructu legato, iter ademtum sit, *inutilis est ademtio*: quia semper sequitur usumfructum. — Sed si ususfructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum [15]), ex testamento utique agendo fructua-

14) Welche Servitut hier gemeint sey, wird zwar nicht gesagt. Ohne Zweifel aber bestand sie darin, daß der Legatar nicht nur die dem Erben vorbehaltene casas an seinem Eigenthum leiden, sondern dem Erben auch den Zugang gestatten mußte.

15) Haloander und *Pet. ab* AREA BAUD. CESTIUS lesen hier: *ad quem aditus non est*, NISI *per hereditarium fundum*. Allein, wenn gleich die Basiliken Lib. XVI. Tit. 6. Tom. II. p. 284. mit dieser Leseart übereinstimmen, so läßt sie sich dennoch gegen die Auctorität der Florentinischen und anderer bewährter Handschriften nicht annehmen. Denn es ist hier, wie der ganze Zusammenhang lehrt, von zwey Fällen die Rede; erstens von dem, wo dem Legatar zu dem ihm vermachten fundus fructuarius der Zugang anders nicht, als durch ein zur Erbschaft gehöriges Grundstück, offen steht. Zweytens von dem Falle, wo der Legatar zu dem Grundstück, woran ihm der Nießbrauch vermacht worden ist, anders nicht, als über ein zur Erbschaft nicht gehöriges Grundstück des Nachbars, kommen kann. Mit Recht verwerfen daher jene Leseart *Sieg. Reich.* JAUCHIUS de Nega-

fructuarius consequetur, ut cum aditu sibi praestetur ususfructus. — Utrum autem aditus tantum et iter, an vero et via debeatur fructuario, legato ei usufructu, POMPONIUS lib. V. dubitat. Et recte putat, *prout ususfructus perceptio desiderat, hoc ei praestandum* — Sed an et alias utilitates et servitutes ei heres praestare debeat, puta luminum, et aquarum, an vero non? Et puto, *eas solas praestare compellendum, sine quibus* OMNINO *uti* NON [16]) *potest: sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse praestandas.*

Es ergeben sich aus diesen Stellen folgende Resultate.

I. Nur solche Servituten können als stillschweigend legirt angenommen werden, welche der Gebrauch der vermachten Sache so nothwendig erfordert, daß ohne dieselben die Sache dem Legatar ganz unnütz seyn würde. In diesem Falle versteht sich aber auch die Servitut dergestalt von selbst, daß wenn auch der Testirer ein Anderes ausdrücklich verordnet hätte, dieses, einer unmöglichen Bedingung gleich, als ein unnützer Zusatz angesehen werden muß [17]). Diesem Grundsatz zu Folge, läßt sich daher kein lega-

Negation. Pandectar. pag. 19. und *Henr.* BRENCMANN in Not. ad L. 1. §. 2. cit. Man sehe auch WESTPHAL cit. lib. §. 812. Not. 724. pag. 552.

16) Die Worte: *omnino non* haben bey den Klassikern und den römischen Juristen einen schlechterdings verneinenden Sinn. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Omnino.* und besonders *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 3. nr. 2.

17) *L. 1. §. 1. et 4. D. Si ususfr. pet.*

legatum servitutis tacitum annehmen, wenn ohne die Servitut der Legatar das ihm vermachte Grundstück nur blos mit weniger Bequemlichkeit oder Nutzen würde gebrauchen können, gesetzt auch, daß der Erblasser sich dieser Bequemlichkeit bedient, oder den Nutzen wirklich gezogen hätte; wofern nicht etwa das Grundstück in der Maaße wäre legirt worden, wie es der Erblasser selbst besessen und gebraucht hat. Z. B. *Villam meam ita, uti ipse possedi, lego* [18]).

II. Stillschweigend kann eine Servitut entweder dem Erben selbst, oder einem Dritten legirt werden, nämlich dem der Fundus vermacht ist, welcher ohne die Servitut nicht gebraucht werden kann. Ersteres geschieht, wenn von dem einem Dritten legirten Fundus ein Theil zu Gunsten des Erben ausgenommen ist, der Erbe aber diesen Theil durchaus nicht nutzen kann, wenn ihm nicht der Legatar auf dem vermachten Grundstück eine Servitut einräumt [19]).

III. Das Grundstück, welches nach der stillschweigenden Willenserklärung des Erblassers dem legirten Gute dienen soll, kann entweder ein zur Erbschaft gehöriges, oder ein Grundstück des Erben, oder ein fremdes seyn, welches einem Dritten gehört. Daß sich der Erbe auf seiner eigenen Sache die Servitut gefallen lassen muß, hat keinen Zweifel. Ein Beyspiel ist in den angeführten Gesetzstellen

18) Eine solche Formel kommt *L. 18. §. 13. D. de instructu vel instrum. leg.* vor. Man sehe auch *Barn.* BRISSONIUS de formulis et solemn. Pop. Rom. verbis. Lib. VII. cap. 82.

19) *L. 81. §. 3. D. de legat. I. L. 20. pr. D. Si servit. vindic.*

stellen vorgekommen. Es war der Fall, den Saurus dem Marcellus zur gutachtlichen Entscheidung vorlegte [20]). Ich habe zwey Häuser, von diesen vermache ich das eine dem Cajus. Mein Erbe benimmt dem Legatar durch vorgenommenen Ueberbau das Licht. Kann der Legatar deshalb klagen? und kommt es etwa darauf an, ob der Erbe sein eignes Haus, oder ein erbschaftliches höher baut? Marcellus entscheidet den Fall dahin. Das Höherbauen sey dem Erben nicht verwehrt, wenn gleich dadurch die Fenster des legirten Hauses verdunkelt würden. Denn man kann auch in einem dunkeln Hause wohnen. Nur darf freylich durch das Bauen dem legirten Hause nicht alles Licht genommen werden, weil die servitus ne luminibus officiatur dem Legatar insofern stillschweigend mit vermacht ist, daß ihm das nöthige Licht nicht genommen werden darf, um bey Tage in dem Hause sehen zu können. Hier ist kein Unterschied, das Haus, welches der Erbe höher bauen will, sey ein erbschaftliches oder sein eiges nes [21]).

In dem oben angegebenen dritten Falle gilt eben das, was be[illegible]m Vermächtniß einer fremden Sache Rechtens ist. Der Er[illegible]uß dem Legatar, dem die Servitut stillschweigend a[illegible]r fremden Sache vermacht ist, diese Dienstbarkeit, [illegible]nd zwar auf seine Kosten, von dem Eigenthümer zu verschaffen suchen. Sollte dieser aber zur Einräumung derselben nicht zu bewegen seyn, denn zwingen

F 2 kann

20) *L. 10. D. de Servitut. praedior. urbanor.*

21) S. WESTPHAL §. 815. not. a. pag. 555.

kann ihn dazu Niemand, so bleibt nun nichts übrig, als daß der Erbe den Werth des Legats vergüte [22]).

IV. Die Rechtsmittel, welche dem Legatar wegen einer solchen Servitut zustehen, um zur Ausübung derselben zu gelangen, sind nach Maasgebung der angeführten Gesetzstellen sehr verschieden.

1) Ist die Servitut dem Erben selbst vermacht, so kann er sich, wenn er das Grundstück noch besitzt, dem die Servitut aufzulegen ist, der exceptio doli mali bedienen, wenn es der Legatar vindicirt, und er kann es so lange retiniren, bis der Legatar die Servitut anerkannt hat [23]).

2) Ist die Servitut einem Dritten vermacht, und der Erbe besitzt das Grundstück nicht, dem die Dienstbarkeit aufzulegen ist, so steht dem Legatar keine andere Klage, als

22) *L. 11. §. 17. D. de legat. III.* *Ger.* NOODT de Usufructu Lib. I. cap. 8. *Operum* Tom. I. pag. 411. meint jedoch, der Erbe müsse dem Legatar die Servitut auf jeden Fall verschaffen, wenn auch gleich der Dritte die Servitut auch nicht einmal für Geld constituiren wollte. Denn es sey hier der Fall einer servitutis necessariae, zu deren Bestellung jeder Eigenthümer gegen ein billiges Aequivalent vom Richter genöthiget werden könne. Er glaubt, dieser Sinn liege in den Worten der *L. 1. §. 2. D. Si usufr. petet.* Si usufructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum, *ex testamento utique agendo fructuarius consequetur, ut cum adîtu sibi praestetur usufructus.* Allein aus dieser Stelle läßt sich nicht die Bestellung einer Servitus necessaria erweisen, wie ich in der Folge §. 628. zeigen werde. Man sehe auch HAUPT in Diss. cit. §. 14.

23) *L. 81. §. 3. D. de legat. I.*

als die actio personalis ex testamento zu, wobey das Gesuch dahin zu richten ist, daß der Erbe angehalten werde, die Servitut von dem Eigenthümer des benachbarten Grundstücks zu kaufen, und solche dem Kläger zu verschaffen [24]). Ausserdem kann sich

3) der Legatar auch einer Vindication, nämlich der actio confessoria, bedienen [25]). Ist die stillschweigend vermachte Dienstbarkeit eine dingliche, so hat dieses gar keinen Zweifel. Nur wenn die Servitut eine persönliche ist, war ein Streit zwischen den Sabinianern und Proculianern, ob eine Vindication Statt habe. Marcellus läugnete nach der Meinung des Labeo und Nerva gegen Julian, daß derjenige, welchem der Nießbrauch vermacht worden, sich einer Vindication bedienen könne, um die Servitut zu erhalten, die ihm zur Ausübung des Nießbrauchs unumgänglich nöthig ist [26]). Diese Meinung

 hatte

24) *L. 1. §. 2. D. Si ususfr. petet.* *L. 44. §. 9. D. de legat. I.* Man sehe hier vorzüglich WESTPHAL cit. libr. §. 812. Not. 724. pag. 552.

25) *L. 1. D. Si servit. vindic.* Viam ad sepulchrum possumus vindicare. Add. *L. 2. §. 1. et 2. D. eodem.* Conf. *Io.* WUNDERLICH de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchralium in iure lib. sing. (*Quedlinburgi* 1750. 4.) Obs. 3. §. 3. pag. 115. und WESTPHAL §. 975. not. 852. pag. 690.

26) *L. 1. pr. D. Si ususfruct. petet.* Si fundo fructuario servitus debeatur, MARCELLUS *lib. 8. apud* IULIANUM, LABEONIS et NERVAE sententiam probat, existimantium, *servitutem quidem eum vindicare non posse, verum usumfructum vindicaturum: ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire et agere, teneri ei, quasi non patiatur uti frui.* Paulus sagt zwar hier nicht, worin eigentlich Julians Meinung bestanden habe; allein daß

hatte auch Grund. Denn Niemand kann eine Servitut vindiciren, der nicht Eigenthümer des Grundstücks ist, dem nach der Behauptung des Klägers die Dienstbarkeit zustehen soll [27]). Eben deswegen, weil der Usufructuar nicht Eigenthümer ist, kann auch der Zugang, dessen er über das benachbarte Grundstück zur Ausübung des Nießbrauchs benöthigt ist, nicht als eine dingliche Servitut angesehen wer-

daß sie von der Meinung des Labeo und Nerva abweichend gewesen seyn müsse, ist schon darum keinem Zweifel unterworfen, weil Marcells Noten zu Julian nichts als Tadel und verwerfende Mißbilligung seiner Meinungen enthielten, wie WESTPHAL cit. lib. §. 639. not. a. pag. 421. sehr richtig bemerkt hat. Vergleichen wir nun damit noch eine Stelle Ulpians *L. un. §. 4. D. de remiss.* wo dieser Rechtsgelehrte ausdrücklich sagt: Item IULIANO placet, *fructuario vindicandarum servitutum ius esse*, so weiß ich wahrlich nicht, wie HAUPT in Diss. cit. de legato servitutis tacito §. 17. dem gelehrten Westphal hat zum Vorwurf machen können, er nehme hier etwas für gewiß an, was doch nur höchstens wahrscheinlich sey. Vergeblich sucht indessen *Val. Guil.* FORSTER de iuris interpretatione Lib. I. cap. 5. nr. 21. (bey *Ev.* OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 982.) die *L. 1. pr. D. Si usufr. pet.* mit *L. un. §. 4. D. de remiss.* zu vereinigen, da es unläugbar ist, daß die Sabinianer, zu denen Julian gehörte, und die Prokulianer, an welche sich Marcellus anschloß, hierüber ganz verschiedener Meinung gewesen sind. Mit Recht behaupten vielmehr CUJACIUS Observat. Lib. I. cap. 16. HOTOMANUS Amicabil. Respons. Lib. II. cap. 16. und *Iul.* PACIUS Εναντιοφαν. s. Legg. conciliatar. Centur. VII. Qu. 19. daß Ulpian *L. un. §. 4. cit.* Julians Meinung blos historisch angeführt habe, ohne sie zu billigen.

27) *L. 2. §. 1. D. Si servit. vindicet.*

werden. Recte NERATIUS scribit, sagt Ulpian [28]), si medii loci usus fructus legetur, iter quoque sequi: per ea scilicet loca fundi, per quae, qui usumfructum cessit, constituerit, quatenus est ad fruendum necessarium. *Namque sciendum est, iter, quod fruendi gratia fructuario praestatur, non esse servitutem; neque enim potest soli fructuario servitus deberi: sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur.* Indessen räumte man doch dem Usufructuar wegen des ihm vermachten Nießbrauchs eine Vindication ein. Er muß also mit dem Usufructus auch zugleich die ihm dazu nöthige Servitut fordern, und es kam folglich nur darauf an, wie die actio confessoria gefaßt wurde. Sagt der Kläger, meinem Grundstück kommt der Zugang oder die Durchfarth über des Beklagten Grundstück zu, ich bitte also den Beklagten zu verurtheilen, daß er die Servitut leide, so ist die Klage ganz unstatthaft, weil der Usufructuar nicht Eigenthümer des Grundstücks ist, zu welchem ihm der Beklagte den Zugang über sein Grundstück einräumen soll. Er muß also vielmehr so klagen. „Mir ist der Nießbrauch an einem Grundstück des verstorbenen Titius vermacht. Mir gebührt also auch den Rechten nach der Zugang zu diesem Grundstück, ohne welchen mir das ganze Legat sonst völlig unnütz seyn würde. Allein der Erbe will mir diesen Zugang über sein Grundstück nicht gestatten, er hindert mich also eben dadurch in der Ausübung des Nießbrauchs. Ich bitte demnach zu erkennen, daß mir der geklagte Nießbrauch zustehe, und dem Beklagten alle Stöhrung untersagt, folglich derselbe verurtheilt werde, mir zur Ausübung des vermachten Nießbrauchs

28) *L. 2. §. 2. D. Si servit. vindicet.*

brauchs den Zugang über sein Grundstück ungehindert zu gestatten [29]).“

§. 627.

II. Entstehung der Dienstbarkeiten ohne Verwilligung des Eigenthümers. 1) Durch Gesetze.

Servituten können nun aber auch II. ohne Zustimmung des Eigenthümers und zwar

1) durch Gesetze aufgelegt werden. Eine solche Dienstbarkeit wird Servitus legalis genennt. Hieher gehören alle oben [30]) erwähnten gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums, wo der Eigenthümer zum Vortheil eines Andern entweder Etwas leiden muß, oder Etwas nicht thun darf. Ich führe hier noch folgende Fälle an. Zu jenen gehört z. B., daß der Eigenthümer nicht darüber klagen kann, wenn, unbeschadet der Oberfläche seines Grundstücks, ein Anderer darunter Metalle gräbt, sofern dieser nur an den Eigenthümer und den Fiscus den fünften Theil für beyde abgiebt [31]). Sollte das Grundstück durch Anlegung eines Bergwerks verdorben werden, so muß dem Eigenthümer der Schade nach vorher geschehener gerichtlichen Schätzung vergütet werden, wofern er nicht durch eine ihm freyzubauende Erb-

29) Man sehe hier vorzüglich WESTPHAL cit. libr. §. 639. not. a.

30) Siehe des 8. Theils 1. Abth. §. 577. S. 73. u. 74.

31) *L. 3. C. de metallar.* Cuncti, qui per privatorum loca saxorum venam laboriosis effossionibus persequuntur, decimas fisco, decimas etiam domino repraesentent: caetero modo propriis suis desideriis vindicando. Add. *L. 6. C. eodem.* S. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. XI. Tit. 6.

Erbkuxe entschädiget werden kann[32]). Zu den letzteren gehören noch vorzüglich die Vorschriften über Beschränkung der Baufreyheit, wonach z. B. Gebäude nicht zum Einreisen verkauft[33]), Zierrathe derselben nicht weggenommen werden sollen[34]), der nöthige Luftzug auf der Dreschtenne des Nachbars nicht verbauet werden darf[35]), u. d. m.[36]). Besonders aber verdienen hier die Fälle eines gesetzlichen Nießbrauchs erwähnt zu werden. Die Gesetze geben nämlich den Nießbrauch

a) dem Vater, und zwar

α) an den Adventizien der Kinder, nicht nur, so lange sie in väterlicher Gewalt sind, sondern auch noch gewissermassen nach Aufhebung derselben, nämlich,

aa) wenn die Kinder sterben, und der Vater sie nicht ab intestato beerbt. Hier behält der Vater den Nießbrauch, den er bey Lebzeiten derselben an ihrem Vermögen

32) S. *Gottl. Frid.* SCHMIDT Diss. de origine ac iuribus societatis metallicae. (*Lipsiae* 1778.) Cap. II. membr. I. §. 6. pag. 20. Franz Ludw. v. Cancrin Grundsätze des teutschen Berg- und Salzrechts. 1. Abth. §. 73. und vorzüglich H. Hofr. Geigers Abh. von der Verbindlichkeit des Unternehmers eines Bergbaues, dem Eigenthümer der Grundstücke den verursachten Schaden zu ersetzen. (in den merkwürdigen Rechtsfällen und Abhandlungen. 2. B. Nr. 33.)

33) *L. 52. D. de contrah. emt. vendit. L. 48. D. de damno. inf.*

34) *L. 2. 6. et 7. C. de aedif. priv. L. 41. §. 1. seqq. D. de Legat. I.* S. WESTPHAL §. 20. et 21.

35) *L. ult. §. 1. C. de Servitut.*

36) S. *F. I.* RIBER Diss. de restricta aedificandi libertate. *Giessae* 1734.

mögen hatte. Z. B. der während der väterlichen Gewalt verstorbene Sohn hinterläßt eheliche Descendenten, welche den Großvater ausschließen. Justinian hat hier die ältern Gesetze [37], in welchen dem Vater der Nießbrauch an den Adventizien seiner Kinder auch noch nach dem Tode derselben zugesichert wird, in der Novelle 118. Kap. 1. ausdrücklich bestätiget [38]).

bb) Wenn der Vater ein Kind auf desselben Verlangen emancipirt, so gebührt ihm der Nießbrauch von der Hälfte der Adventizien lebenslänglich als eine Belohnung der Emancipation [39]). Dem Vater gebührt ferner nach Vorschrift der Gesetze der Nießbrauch

β) an einer Virilportion dessen, was emancipirte Söhne von ihrer Mutter erben [40]).

b) Dem überlebenden Ehegatten geben die Gesetze den Nießbrauch, und zwar

aa) der armen Wittwe an dem Erbtheil, den sie ab intestato aus der Verlassenschaft ihres verstorbenen reichen Ehemanns erhält, wenn sie mit ihren eigenen Kindern erbt. Denn hier gehört die Proprietät den Kindern [41]).

bb) je-

37) *L. 1. Cod. de bonis matern. L. 3. L. 4. C. de bonis, quae liberis. L. fin. C. Communia de successionib.*

38) S. meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 95. S. 278. folg.

39) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 162. S. 447. b.

40) *L. 3. C. de bonis mat.* Auch diese Verordnung hat Justinian in der Nov. 118. Kap. 1. bestätiget. S. meine Intestaterbfolge a. a. O. S. 279.

41) *Nov. CXVII. cap. 5.* S. meine Intestaterbfolge §. 137. und §. 140.

bb) jedem überlebenden Ehegatten, welcher zur zweyten Ehe schreitet, und Kinder aus der ersten Ehe hat, an dem von dem verstorbenen Ehegatten durch Testament, Schenkung oder Ehepacten erhaltenen, oder von einem Kinde der ersten Ehe zugleich mit den übrigen Geschwistern desselben ab intestato geerbten Vermögen, wovon derselbe durch den Uebergang zur zweyten Ehe die Proprietät verlohren hat[42]).

Nach particulären teutschen Rechten und Statuten kann ein gesetzlicher Nießbrauch noch in mehreren Fällen zuständig seyn. Diese geben

1) den Eltern aus mancherley Gründen den Nießbrauch an den Gütern ihrer Kinder, welcher im Allgemeinen den Namen Beysitz oder statutarischer Nießbrauch führt, und auf eigenthümlichen germanischen Instituten beruhet, so daß er weder in Ansehung der Dauer, noch in Rücksicht der übrigen rechtlichen Bestimmungen nach römischem Maasstabe beurtheilt werden darf. Ein solcher Nießbrauch kommt z. B. da, wo das Verfangenschaftsrecht gilt, dem überlebenden Ehegatten lebenslänglich zu[43]). Ausserdem hat nach vielen teutschen Statu-

42) S. meine Intestaterbfolge §. 101.

43) Man versteht nämlich unter dem Verfangenschaftsrechte (*ius devolutionis*) diejenige Einrichtung, vermöge welcher den Kindern nach dem Tode des einen Ehegatten, oder nach einer wiederholten Verheyrathung des Ueberlebenden das unbewegliche Vermögen beyder Eltern, und was demselben gleichgeachtet wird, zum vollkommenen und ausschließlichen Eigenthume anfällt, und der überlebende Ehegatte sich blos mit den beweglichen Gütern und mit dem Nießbrauche der seinen Kindern

Statuten die Mutter den Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder, nach dem Tode des Vaters [44]). Sodann geben

2) manche particuläre Rechte dem Ehemann die Verwaltung und Nutznießung an dem ganzen Vermögen seiner Ehefrau, ohne Unterschied, ob es Dotal- oder Paraphernalgüter sind [45]). Man hüte sich aber diese besondern Einrichtungen für gemeines Recht zu halten, worin viele [46]) sehr geirrt haben.

§. 628.

2) Durch ein richterliches Erkenntniß.

Ohne Zustimmung des Eigenthümers kann eine Dienstbarkeit auch zuweilen 2) durch richterliche Adjudication constituirt werden. Eine solche Dienstbarkeit wird im

dern zugefallenen unbeweglichen Güter begnügen muß. Man sehe Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 613. Der Grund dieses Rechts ist Erhaltung der unbeweglichen Güter bey der Familie, und ist blos particulär. S. Scherers Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. §. 116. ff.

44) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 138. S. 269. Not. 40. und HOFACKER Princ. iur. civ. T. I. §. 584—587.

45) Z. B. in Sachsen.

46) Z. B. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exerc. XXXVI. §. 78. LEYSER Spec. CCCII. med. 10. MADIHN Princip. iur. Rom. P. III. §. 387. Man sehe dagegen PUFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 71. WERNHER Observat. for. T. I. P. V. Obs. 136. Strubens rechtliche Bedenken. 4. Band. Bed. 7. und Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. B. Resp. 36.

im eigentlichen Sinn eine *servitus necessaria* genennt[47]). Zwar sagt Ulpian[48]): Per sententiam non debet servitus constitui, sed, quae est, declarari. Allein hier ist von der actio confessoria die Rede, welche freylich nicht dazu dient, daß eine Servitut durch die Sentenz des Richters constituirt, sondern darauf geht, daß die dem Kläger zustehende Servitut von dem Beklagten anerkannt werde. Will Jemand, daß ihm gegen den Willen des Eigenthümers eine servitus necessaria durch die Sentenz des Richters bestellet werde, so muß er sich einer Imploration (*extraordinaria interpellatio*) bedienen, wie Ulpian an einem andern Orte sagt[49]). Da es indessen dem Richter in der Regel nicht erlaubt ist, Jemanden zur Uebernehmung einer Dienstbarkeit auf seinem freyen Eigenthume zu nöthigen, so wird denn freylich immer ein solcher Fall vorauszusetzen seyn, wo die Gesetze den Richter dazu berechtigen. Hellfeld glaubt, dieser Fall sey vorhanden, wenn Nothwendigkeit oder gemeines Beste die Bestellung einer Dienstbarkeit erheischen. Noch weiter geht Leyser[50]), welcher den Richter für berechtiget hält, eine Servitut zu constituiren, so oft es die Billigkeit erfordert, wenn auch nur dadurch einem weit aussehenden Prozeß ein Ende

47) *Io. Flor.* RIVINI Meditationes de servitute necessaria. *Lipsiae* 1734. *Christph. Lud.* CRELLII Observationes de servitute necessaria compendii causa praedio vicini imponenda. *Vitembergae* 1750. (*Dissertation. et Programm. Crellianor.* Fascic. IX. nr. 75.) und *Ge. Steph.* WIESAND Progr. de servitute necessaria. *Vitemb.* 1784.

48) *L. 8. §. 4. D. Si servit. vindicet.*

49) *L. 12. D. de religios. et sumtib. funer.*

50) Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CIX. medit. 9.

Ende gemacht werden kann. Allein die Gesetze[51]), worauf sich beyde gründen, beweisen ihre Meinung nicht. Sie reden Theils nur von iudiciis divisoriis, theils vom legato servitutis tacito. Allein von dem, was bey Theilungsklagen gilt, läßt sich eben so wenig ein allgemeiner Schluß auf jeden andern Nothfall machen, als diejenigen Gesetze hier Anwenduug finden, welche von den Fällen einer stillschweigend vermachten Dienstbarkeit reden. Denn letztere beruhet auf dem stillschweigenden Willen des Testirers, von dem sich nicht glauben läßt, daß er ein unnützes Legat habe hinterlassen wollen; dahingegen wird eine servitus necessaria gegen den Willen des Eigenthümers constituirt. Wie kann nun wohl hier von einer auf die andere ein gültiger Schluß gemacht werden? In der That, wenn schon jeder Nachbar mit vollkommenem Recht von dem andern eine Servitut da fordern könnte, wo er derselben zum Gebrauche seines Eigenthums benöthiget ist, so würde es der genauen Erörterung nicht bedurft haben, welche die römischen Rechtsgelehrten dem legato servitutis tacito zu widmen für nöthig fanden, und wovon in dem vorigen Paragraph gehandelt worden ist. Man wird sich hiervon noch lebhafter überzeugen, wenn man erwägt, daß es, nach den oben angeführten Gesetzen, dem Erben nicht erlaubt ist, durch Höherbauen entweder seines eignen, oder eines erbschaftlichen Hauses, das dem Legatar vermachte Haus ganz zu verdunkeln[52]). Denn man muß nach der Absicht des Erblassers, der gewiß nicht zugegeben haben

51) *L. 22. §. 3. D. Famil. ercisc. L. 6. §. 1. D. de usufr. L. pen. pr. D. Si serv. vindic. L. 44. §. ult. D. de legat. I.*

52) *L. 30. D. h. t. L. 10. D. de servitut. praed. urbanor.*

haben wird, daß das Vermächtniß vereitelt werde, annehmen, daß dem Legatar mit dem Hause auch die Servitus, ne luminibus penitus officiatur, stillschweigend ertheilt sey, damit ihm das zum Gebrauche des Hauses nöthige Licht nicht genommen werde. Kann aber deswegen jeder andere Nachbar von seinem Nachbar die nämliche Servitut begehren? Ulpian[53]) lehrt hier gerade das Gegentheil. Er sagt ausdrücklich: *Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio*; und an einem andern Orte[54]), wo eben dieser römische Jurist von der Servitute, *ne luminibus officiatur*, handelt, sagt er: Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, *si servitus* DEBEATUR. Unstreitig irren also diejenigen, welche von einem legato servitutis tacito auf die Bestellung einer servitutis necessariae argumentiren[55]).

Viele[56]) wollen nun dagegen die richterliche Gewalt in Absicht auf die Bestellung nothwendiger Servituten blos auf die Theilungsklagen beschränken. Es kann auch nicht

53) *L. 9. D. de servitut. praed. urb.*

54) *L. 15. D. eodem.*

55) Man vergleiche hier vorzüglich HAUPT Diss. de legato servitutis tacito, praeside WALCHIO def. *Ienae* 1796. §. 18—20.

56) *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. ult. I. de Servitut. princ. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. Lib. VIII. Tit. 1. §. 5. *Henr.* HAHN Observat. theor. pract. ad *Wesenbecium* Lib. VIII. Tit. 1. Nr. V. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Tom. I. Exercitat. XIII. Th. 30. not. β. pag. 820. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. VII. Tit. 1. §. 18. und HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1098.

nicht geläugnet werden, daß hier die Gesetze ganz entscheidend für den Richter sprechen. Hierher gehören folgende Stellen:

L. 6. §. 1. *D. h. t.* Constituitur adhuc usufructus, et in iudicio familiae erciscundae, et communi dividundo, si iudex alii proprietatem adiudicaverit, alii usumfructum.

L. 22. §. 3. *D. Familiae ercisc.* Sed etiam, cum adiudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adiudicat: sed si pure alii adiudicaverit fundum, alium adiudicando, amplius servitutem imponere non poterit.

Es ist merkwürdig, was Ulpian hier sagt, daß gleich bey der Vertheilung die Servitut constituirt werden müsse. Ist sie da nicht zuerkannt, so kann der Richter nachher dem rein zugetheilten Grundstück keine Dienstbarkeit mehr auflegen, weil der Miterbe, dem es zugetheilt worden ist, bereits ein erworbenes Recht hat, dasselbe frey zu besitzen.

L. 6. §. 10. *D. Commun. divid.* Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usumfructum adiudicet.

L. 16. §. 1. *D. Famil. ercisc.* IULIANUS ait, si alii fundum, alii usumfructum fundi iudex adiudicaverit, non communicari usumfructum.

Durch die Bemerkung, welche hier Julian macht, will er den Unterschied zeigen, ob der Nießbrauch durch richterliche Adjudication oder durch Vermächtniß constituirt wird. Denn in dem letzten Falle bekäme der, welchem

das

das Grundstück vermacht worden, zugleich Antheil an dem Nießbrauche des andern Legatars. Dies geschieht aber in dem ersten Falle nicht. Der Grund dieses Unterschiedes ist, weil in dem ersten Falle eine Gemeinschaft des Nießbrauchs dem Zweck der Theilungsklage widerstreiten würde, welcher dahin geht, die Gemeinschaft völlig aufzuheben [57]).

Allein daß dessen ungeachtet, die Gewalt des Richters nicht blos auf Theilungsklagen zu beschränken sey, läßt sich aus andern Gesetzen ohne Schwierigkeit erweisen. Hierher gehört die merkwürdige *L. 12. pr. D. de religiosis*, wo Ulpian sagt: Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur: Imperator ANTONINUS cum Patre rescripsit: *Iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat.* Non tamen hoc Rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit: sed *extra ordinem interpelletur.* Praeses etiam compellere debet, *iusto pretio iter ei praestari*, ita tamen, ut iudex etiam *de oportunitate loci* prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum. Grabmäler gehörten bekanntermassen nach den Religionsbegriffen der alten Römer zu den rebus divini iuris, und waren daher nicht in commercio. Befand sich also bey einem Grundstück eine Grabstätte, so ging sie bey dem Verkauf desselben nicht auf den Käufer über, wenn sie auch nicht ausdrücklich ausgenommen

57) S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. III. cap. 18. nr. 6. sqq.

men war[58]). Hatte sich jedoch der Verkäufer die Grabstätte ausdrücklich vorbehalten, so mußte ihm auch der Käufer den Zugang zu derselben gestatten[59]). Hingegen ohne einen solchen Vorbehalt war der Käufer nach dem strengen Recht nicht verbunden, dem Verkäufer einen Weg über sein Grundstück um der Grabstätte willen einzuräumen[60]). Wenn nun auch zum Unglück nicht gerade ein öffentlicher Weg dahin führte, so mußte der Verkäufer bittweise von dem Eigenthümer die Erlaubniß zu erhalten suchen, über sein Grundstück gehen zu dürfen, und auf solche Art zur Grabstätte zu kommen. Gab der Eigenthümer dieser Bitte kein Gehör, so konnte sich nun der Verkäufer an den Richter mit seinem Gesuch wenden, und dieser war berechtiget, dem Imploranten, wenn alle Vorstellungen bey dem Implora-

58) PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 21. §. 7. Vendito fundo religiosa loca ad emtorem non transeunt, nec in his ius inferre mortuum habet. S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 141.

59) *L. 10. D. de religios.* sagt: Videtur enim etiam hoc exceptum inter ementem et vendentem: *ut ei per fundum sepulturae causa ire liceret.* Gewöhnlich wurde jedoch in dem Kaufcontract auch ein Weg zur Grabstätte ausbedungen, wie aus *L. 5. D. de sepulchro violato* erhellet. Die im Falle eines solchen Vorbehalts gewöhnlich gewesenen Formeln finden wir *L. 22.* und *L. 72. §. 1. D. de contrah. emt.* S. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 263. Not. 21. et 22. und *Io.* WUNDERLICH de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchralium in iure Obs. 3. §. 4. et 5.

60) *L. 53. §. 1. D. de act. emti vend.* Si eum fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec nominatim tibi sepulchrum excepisti, parum habes eo nomine cautum. PAULUS: Minime; si modo in sepulchrum iter publicum transit.

ployaten vergebens gewesen, die verlangte Servitut gegen eine verhältnißmäßige Vergütung zuzusprechen[61]). Nur mußte ein solcher Ort dazu gewählt werden, wo der Weg für den Eigenthümer am wenigsten schädlich war. Es fragt sich nun, ob die Kaiser Sever und Antonin, auf deren Rescript Ulpian sich gründet, blos in dem bemerkten Falle, aus religiösen Gründen von der Strenge des Rechts abgewichen sind, oder nicht vielmehr darum, weil es überhaupt in einem solchen Falle gewöhnlich war, eine servitus necessaria zu adjudiciren, wo man, ohne einen Weg auf des Nachbars Grundstück zu erhalten, von seinem Eigenthum schlechterdings keinen weitern Gebrauch zu machen im Stande ist. **Wilh. Goes**[62]) und **Gerhard Noodt**[63]) behaupten das letztere. Das erstere hingegen **Jac. Gutherius**[64]) und **Thibaut**[65]). Für jene Meinung streiten allerdings sehr erhebliche Gründe.

 Denn

61) *Iac.* GUTHERIUS de iure manium. Lib. III. cap. 12. pag. 483. (edit. *Lips.* 1671. 8.) führt aus einer alten Inscription (bey GRUTERUS *Corp. Inscript.* pag. 611. Inscr. 12.) ein Beyspiel von einer solchen Adjudication an, welches so lautet: *Huic monumento iter, aditus, ambitus debetur ex sententia Erotis Aug. l. iudicis a via Campana publica dextrorsus inter maceriem Calamianam et insulam Eucarpianam per latitudinem pedes duo semis usque ad hoc monumentum, et hinc per circuitum totius monumenti usque in via, quae ducit in agro.* Wie iter oder itus, aditus, und ambitus bey Grabstätten unterschieden waren, zeigt WUNDERLICH cit. libr. sing. Obs. 3.

62) Notae in rei agrariae auctores. (*Amstelredami* 1674.)

63) De usufructu Lib. I. cap. 8.

64) De iure manium Lib. III. cap. 12. pag. 478.

65) Syst. des P. R. 2. B. §. 621. S. 58.

Denn da die Kaiser in ihren Rescripten mehrentheils nach dem gemeinen Recht sprachen und entschieden, so ist es ohnehin schon den Regeln der Auslegung des römischen Rechts gemäß, daß man darin kein neues Recht suchen dürfe, wenn nicht ganz klare Beweise vor Augen liegen, daß sie die Absicht, ein neues Recht dadurch einzuführen, wirklich hatten [66]). Daß diese Regel der Auslegung hier ihre Anwendung finde, erhellet aus den von Ulpian angeführten Worten des Rescripts ganz deutlich, worin die Kaiser sagen: *Iter ad sepulcbrum peti precario et concedi* SOLERE: *ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum babeat.* Daß aber diese Gewohnheit, von welcher die Kaiser sprechen, nicht blos auf einen Weg zu Grabstätten beschränkt gewesen, sondern den freyen Zugang zu den Aeckern und Feldgütern überhaupt betroffen habe, beweist eine von Noodt aus Siculus Flaccus [67]) angeführte Stelle, welche folgendermassen lautet: *Ad omnes autem agros semper iter liberum est. Nam aliquando deficientibus viis vicinalibus per agros alienos iter praestatur. Quae etiam conveniunt precario, uti servitutem praestent bis agris, ad quos necesse babent, transmittere pervium. Nam et bis verbis comprebenditur:* ITA UT OPTIMUS MAXIMUSQUE EST [68]). *Nam et aquarum ductus solent*

66) Man sehe PÜTTMANNI Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 14. pag. 108.

67) De conditionibus agrorum pag. 9. seq. (edit. *Guil.* GOESII *Amstelred.* 1674. 4.)

68) Die Formel: UT OPTIMUS MAXIMUSQUE ESSET, hatte eigentlich nur den juristischen Sinn, daß das Grundstück mit keinen Servituten beschwert sey. Daß aber der Verkäufer dem Käufer

solent per alienos agros hoc iure transmittere. Itaque, ut diximus, viae saepe necessario per alienos agros transeunt: qua non universo populo itinera praestari videntur, sed eis, ad quorum onera, et eis, ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est.

Aus diesen Gründen stellt daher die heutige Praxis den Grundsatz auf, daß der Richter befugt sey, auf Bitten des einen Eigenthümers das Grundstück des andern mit einer Dienstbarkeit gegen eine verhältnißmäßige Entschädigung zu beschweren, wenn dem erstern ohne eine solche Servitut sein Eigenthum sonst unnütz seyn würde[69]. Es kann indessen freylich nur der äusserste Nothfall eine solche Adjudication rechtfertigen, wovon sich der Richter durch Ocularinspection zu überzeugen hat. Offenbar gehen daher diejenigen[70]) zu weit, welche bey Aeckern, die

Käufer Dienstbarkeiten einräume, wenn solche nicht ausdrücklich ausbedungen waren, war in dieser Clausel nicht enthalten, wie aus *L. 75. D. de evictionib.* erhellet.

69) *Io.* BRUNNEMANN in Commentar. ad L. fin. Cod. de Servitut. *Io.* VOET Comment. ad Pand. Lib. VIII. Tit. 3. §. 4. *Io. Rud.* ENGAU Decis. et Respons. iuris select. P. I. Decis. 536. *Ge. Ad.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIII. §. 30. *Io. Ulr. de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1117. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 240. *de* CANNGIESSER Decision. Hasso-Cassell. T. II. Decis. 241. nr. 3. *a* WERNHER sel. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 57. MALBLANC Princ. iur. Rom. P. II. §. 422. u. a. m.

70) *Io. Henr. de* BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. V. Not. 7. *Christph. Lud.* CRELL cit. Diss. de servitute necessaria compendii causa praedio vicini imponenda; in *Dissertation. et Programm. Crellianor.* Fascic. IX. pag. 492. und Joh. Christ. von

die dergestalt von fremden Grundstücken umgeben sind, daß die Eigenthümer nicht ohne einen großen Umweg, oder nicht ohne große Beschwerlichkeiten auf einem andern Wege zu denselben gelangen können, die Bestellung einer nothwendigen Servitut schon darum für zuläßig halten wollen, um einen kürzern oder bequemern Weg zu erhalten. Denn gesetzt, man wollte auch den, an sich doch ganz unrichtigen Schluß, von einem legato servitutis tacito bey der Bestellung einer nothwendigen Servitut gelten lassen, so ist doch oben (S. 81. l.) schon bemerkt worden, daß um der bloßen Bequemlichkeit, oder um des bloßen Nutzens willen, auch nicht einmal der Erbe dem Legatar zur Einräumung einer Servitut gehalten sey. Nun werden zwar noch verschiedene andere Stellen zur Unterstützung dieser Meinung angeführt, sie beweisen aber eben so wenig. Denn sie reden von ganz andern Fällen. Die eine ist die oben schon aus Ulpian erklärte *L. 12. D. de religiosis*, nach welcher offenbar nur dann der Nachbar zur Uebernehmung einer Servitut vom Richter soll genöthiget werden können, wenn der Eigenthümer der Grabstätte durchaus keinen andern Weg, als über das benachbarte Grundstück, nehmen kann. Die andere ist die *L. 3. §. 16. D. de itinere actuque priv.* wo von der Bestellung einer nothwendigen Servitut gar nicht einmal die Rede ist, sondern blos die Frage entschieden wird, ob demjenigen, welchem die servitus viae zusteht, nicht bey der Refection des Weges erlaubt sey, eine Brücke anzulegen, welche Ulpian nach der Meinung des Labeo bejahend entscheidet, wenn ohne

von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Th. Bemerk. 67.

ohne eine solche Brücke der Weg sonst nicht zu passiren wäre (si modo sine hoc sc. ponte commeari non possit). Man hat daher in den neuern Zeiten diese Meinung mit Recht verworfen [71]).

Hiernächst ist bey Bestellung einer nothwendigen Servitut von Gerichtswegen vorzüglich dahin zu sehen, daß nicht nur bey Bestimmung des Platzes zu einem Wege ein solcher Ort gewählt werde, wo die Durchfahrt dem Eigenthümer am wenigsten schädlich ist; sondern daß auch die Vergütung, die dem Eigenthümer für die Einräumung der Dienstbarkeit zuzuerkennen ist, sowohl den Vortheilen, welche der Erwerber derselben dadurch gewinnt, als dem Nachtheil, den der Eigenthümer dadurch leidet, gemäß sey, und damit im Verhältniß stehe. Dies ist der Sinn der Worte Ulpians, wenn er *L.* 12. *D. de relig.* sagt: Praeses compellere debet, *iusto pretio* iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam *de oportunitate loci* prospiciat, *ne vicinus magnum patiatur detrimentum.*

Ueberhaupt aber darf richterliche Hülfe nie eher eintreten, als wenn im Wege der Güte durchaus nichts auszurichten gewesen ist, und der Eigenthümer weder der freundschaftlichen Bitte des der Servitut benöthigten Nachbars, noch den Vorstellungen des Richters im mindesten Gehör

 geben

71) Man sehe hier vorzüglich WIESAND Progr. de servitute necessaria. *Vitemb.* 1784. ZACHARIAE lib. Quaestion. (*Vit.* 1805. 8.) Qu. 19. und HAUPT Diss. de legato servitutis tacito §. 20. Daß auch die Leipziger Juristen-Facultät jene Meinung verworfen habe, bemerkt *Car. God. von* WINCKLER ad *Bergeri* Oecon. iuris pag. 226. oder nach der neuesten Hauboldischen Ausgabe T. I. pag. 326.

geben wollen. Denn es sind sehr merkwürdige Worte, welche in dem Rescript der Kaiser Sever und Antonin enthalten sind, worauf Ulpian seine Meinung gründet, wenn es nämlich *L.* 12. *cit.* heißt: *Iter peti* PRECARIO *et concedi solere, ut, quoties non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat.* Wer also eine solche Servitut, die ihm unentbehrlich ist, von seinem Nachbar verlangt, muß ihn zuvörderst freundschaftlich darum begrüßen, wie man das *precario peti debet* ganz wohl übersetzen kann. Nur dann erst, wenn diese Bitte vergeblich war, kann er sich mit seinem Gesuch, welches jedoch, wie Ulpian sagt, keine actio civilis, noch weniger aber die actio confessoria seyn darf, wie Herr von Winkler zu Berger [72]) ganz richtig bemerkt hat, sondern nur eine *imploratio officii iudicis*, oder, wie Ulpian sich ausdrückt, eine *interpellatio extraordinaria* ist, an den Richter wenden, und dessen Hülfe imploriren.

Noch ist zu bemerken, daß zur Erwerbung einer solchen Servitut, welche durch richterliche Adjudication constituirt wird, keine Tradition erfordert wird [73]). Denn schon die Gesetze der zwölf Tafeln zählten die Adjudication bey den iudiciis divisoriis zu den bürgerlichen Erwerbungsarten [74]). Häufig wird jedoch eine servitus necessaria mit einer servitus legalis vermischt, z. B. wenn der Eigenthümer

72) Oecon. iur. Lib. II. Tit. 3. Th. V. Not. 6. pag. 226.

73) *L.* 22. *§.* 3. *D. Fam. ercisc. L.* 6. *§.* 10. *L.* 10. *§.* 1. *L.* 18. *D. Comm. divid.* S. WESTPHAL cit. lib. §. 871.

74) ULPIANI *Fragm.* Tit. 19. §. 16. bey *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 625.

thümer den natürlichen Abfluß des Wassers von dem höher liegenden Lande seines Nachbars leiden [75]), oder am Ufer eines schiffbaren Flußes einen Weg zum Schiffziehen auf seinem Grundstück einräumen muß [76]). Allein in solchen Fällen, wo das Gesetz selbst die Servitut auflegt, bedarf es keiner richterlichen Adjudication.

§. 629.

3) Durch Verjährung. Geschichte und Erfordernisse der Verjährung bey Dienstbarkeiten.

Einseitig werden Servituten endlich 3) auch durch Verjährung erworben [77]). Was diese aber für eine Art der Verjährung sey, ob sie ein von der Usucapion und prätorischen Präscription unterschiedenes blos nach dem Beyspiel der letztern eingeführtes eigenes ius longae usurpationis sey, wie **Marc. Aurel. Galvanus** [78]) meint, dem auch **Hofacker** [79]) und **Malblanc** [80]) beypflichten; oder ob sie nicht vielmehr für eine wahre Verjährung zu halten

75) L. 1. §. 23. D. *de aqua et aquae pluv. arc. act.* S. die gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsässer. 2. B. Nr. III.

76) S. *Christ. Gottl.* BIENERI Diss. de semita nautarum in ripis fluminum navigerorum, *Leinpfad* vulgo appellata. *Lipsiae* 1787.

77) Man vergleiche hier vorzüglich *Ev.* OTTONIS Diss. de Usucapione servitutum. in EIUS Collect. Dissertationum. *Trajecti ad Rhen.* 1728. und *Car. Guil.* WALCH Diss. de praescriptione servitutum constitutiva. *Ienae* 1797.

78) De Usufructu. Cap. XII.

79) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1099.

80) Princip. iuris Rom. P. II. §. 421.

halten sey, welche nach dem Unterschied der Fälle bald eine Usucapion, bald eine prätorische Präscription seyn könne, wie Vinnius[81]) und Westphal[82]) lehren; oder ob nicht endlich, ohne zwischen Usucapion und Präscription zu unterscheiden, nur eine einzige erwerbende Verjährung bey Servituten anzunehmen sey, wie die meisten Civilisten behaupten[83]); wird sich aus der historischen Entwickelung dieser Rechtslehre am besten beantworten lassen. Die Geschichte wird uns erst in den Stand setzen, ein richtiges System der erwerbenden Verjährung bey Dienstbarkeiten darzustellen.

Gewöhnlich pflegt man in der Geschichte dieser Rechtslehre fünf Perioden zu unterscheiden; nämlich die der zwölf Tafelgesetze, der Iurisprudentiae mediae, der Legis Scriboniae, des Prätorischen Rechts, und des Justinianeischen Rechts[84]).

Allein diese verschiedenen Perioden lassen sich füglich in zwey Hauptepochen vereinigen, nämlich die Periode des Civilrechts und die des Prätorischen Rechts.

Erste

81) Select. iuris Quaest. Lib. I. Qu. 31.

82) Interpretat. iuris de libert. et servit. praedior. §. 829. sqq.

83) Thibaut über Besitz und Verjährung. 2. Th. §. 14. u. 36. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. g. T. II. pag. 4. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 352. u. a. m.

84) S. GALVANUS c. l. OTTO cit. Diss. cap. 2. und vorzüglich *Ge. Frid.* WALCH Diss. historiam tam usucapionis, quam praescriptionis adquisitivae servitutum contin. Sect. I. *Goettingae* 1794.

Erste Periode.

Ursprung und Untergang der Usucapion bey Dienstbarkeiten nach dem römischen Civilrecht.

Noch in den Gesetzen der zwölf Tafeln ist von einer Usucapion der Dienstbarkeiten überall keine Rede. Zwar sprechen dieselben in den zu uns gekommenen Bruchstücken schon von einer auctoritate usus, die bey Grundstücken nach zwey Jahren, bey andern Sachen hingegen nach einem Jahre ein Recht gab, welches selbst vom Staat geschützt wurde [85]); man verstehe nun darunter entweder, wie die meisten behaupten, das volle römische Eigenthum [86]), oder, wie es Dabelow [87]) erklärt, blos gesetzlichen Schutz eines

85) Die Worte auf der sechsten Tafel lauten nach *Iac.* GOTHOFREDUS in Fontibus quat. iuris civ. so: *Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto.* Die Richtigkeit dieser Restitution erhellet aus CICERO in *Topicis* cap. 4. und in Orat. *pro Caecinna* cap. 19.

86) So erklären das Wort *auctoritas* Juristen und Philologen. Man s. GRAEVIUS ad CIC. Orat. *pro Caecinna* cap. 19. p. 533. sqq. (Edit. *Amstelodam.* 1695. 8.) *Iac.* GOTHOFREDUS c. l. pag. 212. OTTO cit. Diss. Cap. 2. §. 2. unter den neuern Hugo im Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 77. (der zweyten Ausgabe). Hr. Hofr. Gros Geschichte der Verjährung nach dem Röm. Recht. Göttingen 1795. Abschn. 1. Thibaut a. a. O. §. 6. S. 67. f.

87) Ueber die Verjährung. 1. Th. Halle 1805. §. 2. S. 45. ff. Noch eine andere sonderbare Erklärung findet man in *Car. And.* DUCKERI Opuscul. var. de Latinitate ICtor. vet. pag. 279. wo es heißt: Versum illum XII. Tab. *Usus auctoritas fundi* etc. ita interpretor: ut qui fundum biennio vel caeteras res anno possedisset, perinde res eius fieret, atque si auctoritatem haberet, id est, *esset auctione res ipsi addicta.*

eines eine gewisse Zeit hindurch fortgesetzten und mit Publicität verbundenen Gebrauchs, woraus sich nachher erst die erwerbende Verjährung gebildet haben soll; allein die ganze Fassung der Worte ergiebt es, daß diese auctoritas usus blos bey körperlichen Sachen galt, und dies leidet um so weniger einigen Zweifel, da auch die Griechen, von welchen der Stoff zu den zwölf Tafeln entlehnt war, keine auctoritas usus bey unkörperlichen Sachen kannten [88]). Man band sich vielmehr so streng an die Worte, daß erst in spätern Zeiten vermittelst der logischen Interpretation dasjenige, was das Gesetz der zwölf Tafeln von fundis verordnet hatte, auch auf aedes ausgedehnt wurde, wie uns Cicero [89]) ganz deutlich sagt. Die Kürze der zwölf Tafeln machte jedoch eine ausdehnende Erklärung immer nothwendiger, und die römischen Rechtsgelehrten, welche sich die Auslegung derselben zum vorzüglichsten Geschäft machten, wurden hierdurch die Erfinder vieler neuer Rechtssätze, welche in ihrem Umfang genommen das *ius civile* der Römer im eminenten Sinn bildeten [90]). Durch die Auctorität derselben ward nun auch die Usucapion der Dienstbarkeiten eingeführt, welche, wie die Usucapion der Grundstücke, eine Zeit von zwey Jahren erforderte, während welcher man sie ausgeübt haben mußte.

88) S. Dabelow a. a. O. §. 5. S. 58.

89) *Topic.* c. 1. Quod in re pari valet, valeat in hac, quae par est: ut quoniam *usus auctoritas fundi biennium est*, sit etiam *aedium*. Ast in *Lege* aedes non adpellantur. Ferner in Orat. *pro Caecinna* c. 19. At utimur eodem iure in *aedibus*, quae in *Lege* non appellantur.

90) *L.* 2. *§.* 5. *D. de orig. iur.* CICERO *de Officiis* III. 16. et 17.

mußte. Cicero [91]) schreibt diese Erfindung ausdrücklich dem iuri civili zu, dahingegen er die Usucapion der Grundstücke a *Legibus*, d. i. von den Gesetzen der zwölf Tafeln ableitet. Um diese Ausdehnung zu rechtfertigen, war es schon genug, daß in den Gesetzen der zwölf Tafeln die Usucapion bey Servituten nicht ausdrücklich ausgeschlossen war. Hierzu kam, daß Dienstbarkeiten die Grundstücke immer afficirten. Es war also ganz natürlich, daß die Erwerbung derselben durch Usucapion mit der Erwerbung der Grundstücke durch Usucapion nach gleichen Grundsätzen beurtheilt wurde. So kam es denn auch, daß zur usucapio servitutum gleichfalls zwey Jahre erfordert wurden [92]). Man streitet sich jedoch darüber, ob diese Usucapion bey allen Servituten Statt gehabt habe. Einige [93]) wollen

91) Orat. *pro Caecinna* Cap. 26. Fundus a patre (sc. familias) relinqui potest, at *usucapio fundi*, hoc est, finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed *a legibus*. Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre: *sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur.* Unter RATA AUCTORITAS verstehen fast alle ein durch Usucapion begründetes Recht. S. *Guil.* MARANUS in Paratitl. ad Tit. D. de usurpat. et usucap. Andere verstehen jedoch darunter nur Gültigkeit überhaupt. S. BRANCHU Observat. ad ius Rom. Dec. II. Cap. 17. p. 141. und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 153. Not.*) S. 182. der zweyten Ausgabe.

92) Daß das Biennium bey der Usucapion der Servituten Statt fand, erhellet aus AGGENUS URBICUS de controvers. agror. (in GOESII *auctorib. rei agrariae* pag. 53.) und aus PAPIANI libr. Responsor. Tit. XVIII. (bey SCHULTING in *Iurispr. Antejust.* pag. 839.) Man s. auch Dabelow a. a. O. §. 23.

93) CUJACIUS in Comm. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat. BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. II. Cap. 17. pag. 136. sqq.

wollen behaupten, daß nur servitutes urbanae hätten usucapirt werden können, weil sich nur bey diesen ein continuus usus denken lasse. Andere[94]) hingegen glauben, die Usucapion sey blos auf servitutes rusticas beschränkt gewesen, weil nur diese unter die res mancipi gezählt wurden[95]). Daher gedenke auch Cicero[96]) nur dieser ausdrücklich. Allein **Janus a Costa**[97]) und **Johann D'Avezan**[98]) haben die Gründe für beyde Meinungen sorgfältig geprüft und ausführlich widerlegt. Schon vermöge der Ausdehnung, welche nach Cicero das Wort: *fundus*, erhalten hatte, scheint es nicht dem geringsten Zweifel unterworfen zu seyn, daß die usucapio sowohl bey den servitutibus urbanis als rusticis Statt gefunden habe[99]).

Durch die Lex Scribonia[100]) wurde jedoch die durch die auctoritas Prudentum bey Dienstbarkeiten eingeführte Usu-

94) *Ant.* SCHULTING ad PAULI *Sent. Recept.* Lib. I. Tit. 17. §. 2. Not. 9. in Iurisprud. Antejust. pag. 256. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 188. §. 3.

95) ULPIAN. *Fragm.* Tit. 19. §. 1.

96) Orat. *pro Caecinna* cap. 26.

97) Praelectiones ad illustriores quosd. Titulos iuris civ. ad L. 14. D. de Servitut. pag. 49. sqq.

98) Servitutum libr. P. IX. Cap. 4. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 222. sqq.)

99) Vergl. Hrn. Hofr. Gros Geschichte der Verjährung S. 20. f. Dabelow über Verjährung §. 23. Not. l. S. 132. und WALCH Diss. cit. de praescript. servitut. constitutiva §. 4.

100) S. *Iac.* RAEVARDI ad Legem Scriboniam liber sing. in EIUS *Operib.* Tom. II. pag. 709. seqq. (edit. *Lugdun.* 1623. 8.) *Io. Fernand. de* RETES Succisiva Selectio ad Legem Scriboniam (bey

Usucapion wieder aufgehoben, und allgemein verordnet, daß Servituten nicht sollten usucapirt werden können [1]. Ueber das Zeitalter dieses Gesetzes läßt sich mit Gewißheit nichts bestimmen, doch ist es wahrscheinlicher, daß dasselbe unter den erstern Kaisern, als daß es noch zu den Zeiten der Republik gegeben worden sey [2]. Noch viel unbekann-

(bey MEERMAN Tom. VI. pag. 463.) *Greg.* MAJANSII Diss. de Lege Scribonia, servitutum usucapionem prohibente; (in ZIUS Dissertationib. iur. civ. Tom. II. Diss. 68.) *Io. van de* WATER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 18. und *Sam.* LUCHTMANS Diss. ad Legem Scriboniam de sublatis servitutum usucapionibus. *Lugd. Batav.* 1786.

1) PAULUS *L. 4. §. fin. D. de usurpat. et usucap.* sagt: Eam usucapionem sustulit *Lex Scribonia*, quae servitutem constituebat. Die Leseart: *Lex Voconia* bey Haloander ist offenbar unrichtig, ob sie gleich bey *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. pag. 730. und *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. V. cap. 22. pag. 214. Beyfall gefunden hat. Man sehe aber GOTHOFREDUS in not. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat.

2) Die Meinungen über das Alter und den Urheber des Scribonischen Gesetzes sind bekanntlich sehr verschieden. Cujaz in Commentar. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat. Balduin in Iurisprud. Mutiana pag. 281. ad L. 7. D. de servitut. praed. urb. und *Io.* D'AVEZAN in Servitut. libr. P. IX. cap. 5. setzen dasselbe noch in die Zeiten der Republik, und halten den *L. Scribonius Libo*, der ums Jahr 603 nach Erb. Roms Volkstribun war, und dessen Cicero in seinem Brutus und in seinen Briefen an den Atticus mehrmals gedenkt, für den Urheber. Allein die Gründe, welche Dabelow über die Verjährung §. 37. Not. b. S. 186. dieser Meinung entgegengesetzt hat, sind sehr erheblich. Daß das Gesetz unter den ersten Kaisern sey gegeben worden, behaupten die meisten. Hier giebt

kannter ist der wahre Grund des Scribonischen Gesetzes. Paulus [3]) sagt zwar: *Servitutes praediorum rusticorum*, etiam si corporibus accedunt, *incorporales tamen sunt*: et ideo usu non capiuntur: vel ideo, quia tales sunt servitutes, *ut non habeant certam continuamque possessionem*. Nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et *in servitutibus praediorum urbanorum* observatur. Allein die hier angeführten Gründe sind so beschaffen, daß sie jeden bey genauerer Prüfung überzeugen müssen, Paulus habe den wahren Grund des Gesetzes selbst nicht mehr gewußt. Johann van de Water [4]), Gre-

giebt es aber wieder dreyerley Meinungen. Hotoman de Legib. Cap. *de L. Scrib.* pag. 67. eignet das Gesetz dem *C. Scribonius Curio* zu, der im J. d. E. R. 677 mit dem *Cn. Octavius* Consul war. Råvard ad L. Scribon. Princ. (*Operum* T. II. pag. 709.) dem auch *Fr.* RAMOS DEL MANZANO in Comm. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. Cap. II. §. 12. (bey MEERMAN T. VII. p. 66.) *Fern. de* RETES cit. loc. §. 3. p. 465. *Greg.* MAJANSIUS cit. Diff. §. 6. und LUCHTMANS cit. Diss. §. 2. beystimmen, hält den *L. Scribonius Libo*, der unterm K. Tiber im Jahr der Erb. Roms 769 mit dem *T. Statilius Sisenna Taurus* Consul war, für den Urheber. DIO CASSIUS Lib. 57. gedenkt dieses Consuls. Endlich ist M. Aurel. Galvanus de Usufructu Cap. XII. §. 4. der Meinung, daß das Gesetz von demjenigen *L. Scribonius Libo* seinen Namen erhalten habe, welcher im J. der E. R. 719 mit dem *M. Antonius* Consul war, und daß es also nicht lange nach den Zeiten des Cicero sey gegeben worden. Diese Meinung hält *Io. van de* WATER Observ. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 215. für die wahrscheinlichste.

3) *L. 14. D. de Servitut.*

4) Observat. iur. Rom. cit. loc. pag. 221. sq.

Gregor Majansius [5]) und Everh. Otto [6]) haben dieses ausführlicher gezeigt. Ob das Scribonische Gesetz auf alle Servituten, oder nur auf eine gewisse Art derselben gegangen sey, ist ebenfalls streitig. Nach einigen [7]) soll dieses Gesetz die Usucapion blos bey den servitutibus urbanis aufgehoben haben. Allein die Schwäche der Gründe, auf denen diese Meinung beruht, hat schon Råvard [8]) so deutlich vor Augen gelegt, daß ihr wohl Niemand im Ernst seinen Beyfall geben kann. Andere [9]) wollen behaupten, daß das Scribonische Gesetz nur bey servitutibus rusticis die Usucapion verboten habe. Erst späterhin sey durch die Auslegung der Rechtsgelehrten und durch den Gerichtsgebrauch das Gesetz auch auf servitutes urbanas ausgedehnt worden. Allein die Worte: *Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur*, in der oben aus Paulus angeführten Stelle geben zu dieser Behauptung noch keinen gegründeten Anlaß; und eben so wenig die noch zu Hülfe genommene Stelle Ulpians [10]), wenn dieser

5) Diss. cit. §. 6. et 7.

6) Diss. de usucap. servitut. Cap. II. §. 15.

7) CUJACIUS ad L. 4. §. ult. D. de servitut. dem auch BRANCHU Observation. ad ius Rom. Dec. II. cap. 17. pag. 142. sq. beypflichtet.

8) Ad L. Scribon. nr. 6. (*Operum* RAEVARDI Tom. II. p. 717. sq.) Man sehe auch *Ian. a* COSTA Praelect. cit. pag. 52.

9) *Io.* D'AVEZAN Servitut. lib. P. IX. cap. 5. *Ian. a* COSTA Praelect. cit. pag. 54. und Dabelow über die Verjährung §. 37. S. 188.

10) *L. 10. D. de usurpat. et usucap.* Die Redensart: *Hoc iure utimur*, brauchen die Rechtsgelehrten überhaupt, wenn sie anzeigen

ser sagt: *Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint*, in welcher ohnehin gar nicht einmal von einer Usucapion, sondern blos von der prätorischen Präscription die Rede ist [11]). Es kann wohl seyn, daß in den letzten unruhigen Zeiten der Republik die Ländereyen mit Dienstbarkeiten, die man durch Usucapion erlangt hatte, so sehr beschwert worden waren; daß der dadurch verminderte Werth derselben die Aufhebung der Usucapion bey den Servituten um so nothwendiger machte, je größer der Nachtheil war, den ein Römer durch eine besonders bey servitutibus rusticis so leicht mögliche Usucapion erleiden konnte [12]). Ein Gesetz dieser Art war auch um so eher durchzusetzen, da es nur das alte Recht wieder herstellte. Indessen läßt doch die Allgemeinheit der gesetzlichen Disposition uns nicht daran zweifeln, daß das Verbot des Scribonischen Gesetzes auf keine besondere Art der Servituten beschränkt gewesen sey, wie **Kävard** [13]) mir sehr gründlich dargethan zu haben scheint. Ja ich bin mit **Galvanus** [14]) ganz darin einverstanden, daß auch die

zeigen wollen, daß etwas geltendes Recht sey. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Uti*, und meinen Commentar 1. Th. S. 4. f.

11) Ohne Grund halten *Ant.* GOVEANUS Lib. I. variar. Lection. cap. 19. und *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. die Worte *longo tempore capi* für einen Tribonianismus. Man sehe dagegen *Io. van de* WATER c. l. pag. 228. sqq. und GALVANUS c. l. pag. 109.

12) S. Dabelow a. a. O. §. 37. S. 188. folg.

13) Lib. ad Leg. Scribon. nr. 6. (*Operum* T. II. pag. 718.)

14) De usufr. Cap. XII. §. 13. pag. 116. edit. *Tubing.*

die Usucapion bey den persönlichen Dienstbarkeiten durch ebendasselbe Gesetz sey aufgehoben worden.

Zweyte Periode.

Prätorisches Recht mit seinen Abänderungen und Erweiterungen bis auf Justinian.

Schon gegen das Ende der Republik entstand ein neues Rechtsinstitut, nämlich die nachmals ausschließend sogenannte Präscription, welche sich zur Usucapion gerade so verhielt, wie sich andere prätorische Rechtsmittel zu dem strengen Recht verhalten. Daß dieses Institut zuerst durch die römischen Juristen aufgebracht, und nachher durch den Prätor bestätiget worden sey, wie van de Water [15]) und Conradi [16]) behaupten wollen, ist eben so unerweislich, als unwahrscheinlich. Es gründet sich vielmehr, wie alle prätorische Rechtsinstitute, auf das den Prätoren eingeräumte ius adiuvandi, vel supplendi vel corrigendi ius civile, propter publicam utilitatem, wie Papinian [17]) das sogenannte *ius bonorarium* vortreflich characterisirt. Denn die Präscription sollte in den Fällen Statt finden, wo entweder gar keine Usucapion zuläßig war, oder die Erfordernisse derselben mangelten [18]). Sie unterschied sich von der Usucapion unter andern vorzüglich darin, daß bey ihr eine längere Zeit erfordert wurde. Die Bestim-

15) Observation. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 228.

16) Historia usucapion. et longi temporis praescriptionum. (*Lipsiae* 1778.) §. 10.

17) *L. 7. §. 1. D. de Iust. et Iure.*

18) Dabelow über die Verjährung §. 33. S. 159. u. 160.

stimmung derselben scheint Anfangs blos von dem Gutdünken des Prätors abgehangen zu haben [19]), erst durch die Verordnungen der Kaiser ward ein für allemal festgesetzt, daß nach dem Unterschiede der Gegenwart oder Abwesenheit ein Zeitraum von zehn oder zwanzig Jahren erforderlich seyn sollte [20]). Es ist merkwürdig, daß die Präscription sowohl bey beweglichen als unkörperlichen Sachen ausgeschlossen war [21]). Von einer Präscription der Servitu-

19) *Ian. a* COSTA Praelection. cit. pag. 56. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 8. bey MEERMAN Tom. IV. pag. 227. Es kann vielleicht auch dem Ermessen der Centumviralrichter überlassen gewesen seyn, wie *Io. van de* WATER c. l. pag. 228. behauptet. Denn daß Usucapionssachen vor ihr Tribunal gehörten, erhellet aus CICERO de Orator. Lib. I. cap. 38. Man sehe auch ZEPERNICK Disquisit. de caussis centumviralibus §. 6. bey SICCAMA de iudicio centumvirali pag. 247. sqq.

20) *L. 76. §. 1. D. de contrab. emt.* Sed et longae possessionis praescriptione, si utriusque possessio impleat *tempora, constitutionibus statuta.* Wenn dieses geschehen, ist zwar ungewiß, indessen erhellet doch aus Paulus *Sent. Recept.* Lib. V. Tit. 2. §. 3. daß schon zu den Zeiten dieses Rechtsgelehrten die Präscriptionszeit auf die oben angeführte Art bestimmt gewesen sey. Es ist daher ein auffallender Anachronismus, wenn *Abr.* WIELING in Praetermissis ad *Habnii* Orat. de usu Chronologiae in iure §. 48. in *Iurisprud. Restituta* pag. 236. behauptet, erst Kr. Justinian habe *L. ult. C. de praescr. longi temp.* den Zeitraum von zehn und zwanzig Jahren bey der prätorischen Präscription bestimmt. *Io van de* WATER l. c. pag. 229. hält es für wahrscheinlicher, daß diese Bestimmung schon vom Kr. Hadrian herrühre.

21) Dabelow §. 34. S. 175. giebt hiervon die nähern Gründe an.

vituten konnte aber auch ohnehin keine Frage seyn, weil vor dem Scribonischen Gesetz usucapio dabey Statt fand. Erst unter den Kaisern wurde durch Rescripte zuvörderst die Präscription auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt [22]). Es folgte hierauf auch die Ausdehnung derselben auf unkörperliche Sachen durch die Interpretation der römischen Juristen, seitdem die Lehre von der possessio vel quasi entstanden war, und nunmehr das Hinderniß wegfiel, welches bisher der Einführung der Präscription bey unkörperlichen Sachen entgegengestanden hatte. Allein bey Servituten blieb auch nach dem Scribonischen Gesetz die praescriptio eben so gut als die usucapio ausgeschlossen [23]). Denn es war überall Grundsatz des Prätors, Keinen durch seine Rechtsmittel gegen Prohibitivgesetze zu unterstützen. Es ist auch unerweislich, daß durch die Auctorität der römischen Juristen die praescriptio bey Servituten eingeführt worden sey. Man glaubte indessen, dem Scribonischen Gesetz nicht zu nahe zu treten, wenn man durch die disputatio fori, als Ausnahme von der Regel, den Satz annahm, daß eine einmal erworbene Servitut, welche durch bloßen Nichtgebrauch verloren worden, nachher durch erneuerten Gebrauch von zwey Jahren wieder erworben werden könne [24]). Gleichwohl finden wir in Justi-

 nians

22) *L. 9. D. de div. tempor. praescr.* Rescriptis quibusdam D. MAGNI ANTONINI cavetur, ut *in rebus mobilibus* locus sit praescriptioni diutinae possessionis.

23) Dabelow §. 48. und §. 49. Man vergleiche auch GALVANUS de Usufructu Cap. XII. §. V. pag. 108. edit. *Tubing.*

24) PAULUS *Sentent. Recept.* Lib. I. Tit. 17. §. 2. Servitus hauriendae aquae vel deducendae, biennio omissa, intercidit, et bien-

nians Gesetzsammlung verschiedene Fragmente, die von einer auch nach dem Scribonischen Gesetz bey Servituten schon

schon

biennio usurpata recipitur. Ueber den Sinn dieser Stelle sind zwar die Ausleger verschiedener Meinung. CUJACIUS in Comm. ad L. 4. §. ult. D. de usurpat. dem auch WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 830. Not. 739. beystimmt, versteht sie so, daß eine Servitut zwar durch einen zweyjährigen Nichtgebrauch verlohren gehe; hätte sich jedoch der Berechtigte vor Ablauf dieses Zeitraums derselben noch bedient, so werde sie durch diesen Gebrauch erhalten, wenn sie auch schon ihrem Untergang nahe gewesen wäre. Allein dieser Erklärung steht entgegen, daß Paulus nicht de retinenda, sondern de *recipienda servitute* redet. Dies setzt voraus, daß die Servitut erloschen war. *Greg.* MAJANSIUS in Diss. de Lege Scribonia §. 11. (*Disputation. iuris civ.* Tom. II. pag. 339.) glaubt daher vielmehr, der Sinn jener Worte sey der: Wenn der Eigenthümer des dienstbaren Gutes die servitutem hauriendae aquae zwey Jahre usurpirt, welche der Eigenthümer des herrschenden Gutes durch Nichtgebrauch verlohren hat, so erhalte jener die Servitut wieder, das ist, die Freyheit, die sein Grundstück verlohren hatte. Allein die ganze Fassung der Worte, ja aller Sprachgebrauch streitet dieser Erklärung entgegen. Nicht zu gedenken, daß Paulus von einer servitute rustica spricht, die keine usucapio libertatis erforderte. Andere, zu welchen vorzüglich *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 4. *Ian. a* COSTA ad §. 3. I. de reb. corp. et incorp. und SCHULTING in Not. ad loc. h. Pauli pag. 256. *Iurisprud. Antejustin.* gehören, denen auch WALCH in Diss. cit. de praescript. servitut. constitutiva §. IV. not. q. beystimmt, verstehen die Stelle des Paulus von dem ältern Recht, welches vor dem Scribonischen Gesetz galt. Allein dieser Meinung steht entgegen, daß die *Receptae Sententiae* des Paulus, wie schon der Name anzeigt, blos geltendes Recht enthielten. Es ergiebt dies auch die ganze Fassung der Worte. Die natürlichste Erklärung ist daher wohl unstreitig diejenige, daß

Pau-

schon vor Justinian angenommenen Verjährung verstanden werden können. So z. B. sagt Ulpian [25]): Si quis *diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit*, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed *utilem* habet *actionem*, ut ostendat, *per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario possedisse*. Eben so Kr. Antonin [26]): Is, qui judex erit, *longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere*, sciet; und an einem andern Ort sagt eben dieser Kaiser [27]): Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti, *servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti*. Mehrere Rechtsgelehrten nehmen daher an, man habe bey Servituten eine ausserordentliche Verjährungsart zugelassen. Allein die Sache verhält sich vielmehr auf folgende

Paulus von der Wiedererlangung einer durch bloßen Nichtgebrauch erloschenen Dienstbarkeit rede, welche der damalige römische Gerichtsgebrauch, als Ausnahme von der Regel des Scribonischen Gesetzes, zuließ, weil hier nicht von Erwerbung einer neuen Servitut die Rede war. Diese Erklärung nehmen an RAMOS DEL MANZANO in Comm. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. cap. 2. §. 18. bey MEERMAN T. VII. pag. 67. GALVANUS de Usufr. Cap. XII. §. 4. BRANCHU Observat. ad Ius Rom. Decad. II. Cap. 17. pag. 135. und *van de* WATER Obs. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 226. Ich bemerke nur noch, daß das Wort *usurpare* hier so viel, als usu acquirere bedeutet, in welchem Sinn es öfters von den Klassikern gebraucht wird. S. BRISSONIUS de Verbor. Significat. *h. v.* und noch vorzüglich Gros Gesch. d. Verjährung S. 62. f.

25) *L. 10. D. Si servit. vindicet.*

26) *L. 1. C. de Servitutib.*

27) *L. 2. C. eodem.*

gende Art. Wenn gleich das Scribonische Gesetz die Usucapion der Dienstbarkeiten aufgehoben hatte, so glaubte doch der Prätor, dieses Verbots ungeachtet, denjenigen im Besitz schützen zu müssen, welcher ein longum tempus hindurch sich im Besitz und in der Ausübung einer Servitut weder gewaltsam, noch heimlich, noch bittweise befunden hatte. Dieser Schutz, der sich ohne Ausnahme auf alle Servituten erstreckte, war aber keine Präscription, wie Caspar Schifordegher [28]) meint, sondern wurde nach den Grundsätzen von den prätorischen possessorischen Rechtsmitteln beurtheilt. Der Besitzer der Servitut wurde daher nur so lange in seinem Besitz geschützt und erhalten, bis durch den Rechtsstreit über die Zuständigkeit der Servitut entschieden war, daß ihm keine Dienstbarkeit zustand. Aber bey diesem Rechtsstreite kam dem Besitzer das *longum tempus* dahin zu Statten, daß daraus für ihn, wenn er die Eigenschaften des dabey vorausgesetzten Besitzes nachgewiesen hatte, die gegründete Vermuthung entstand, daß er die Servitut auf eine rechtmäßige Art erworben habe. Wegen dieser Vermuthung konnte sich daher der in Anspruch genommene Besitzer der streitigen Dienstbarkeit nicht nur wider die gegen ihn erhobene Negatorienklage mit der Einrede des vieljährigen Besitzes vertheidigen, und dem Kläger lag es in diesem Falle ob, die Freyheit seines Eigenthums auf das bündigste darzuthun; sondern, wie in der Folge die prätorische Präscription durch Einführung einer rei vindicatio utilis den Character der erwerbenden Verjährung annahm, so ward auch demjenigen, der lange Zeit hindurch eine Servitut auf einer fremden Sache nicht gewalt-

28) Ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. [illegible] Qu. 4. pag. 40.

gewaltsam, noch heimlich, auch nicht bittweise ausgeübt hatte, eine vindicatio servitutis in ungefähr gleicher Art gestattet, wie man die actio Publiciana demjenigen gestattete, welcher iusto titulo und bona fide eine fremde Sache an sich gebracht hatte, nicht anders als ob er selbst der Eigenthümer sey [29]. Nun konnten zwar, nachdem einmal das Scribonische Gesetz gegeben war, gegen das ausdrückliche Verbot desselben, Servituten so wenig usucapirt, als longo tempore präscribirt werden. Ulpian [30]) giebt dies

29) Man sehe hier vorzüglich Dabelow über die Verjährung. 1. Th. §. 49.

30) *L. 10. §. 1. D. de usurpat. et usucap.* Die meisten erklären zwar diese Stelle von der Usucapion, und halten die Worte *longo tempore capi* für einen Tribonianismus. Man sehe z. B. *Ian. a* COSTA in Comm. ad pr. I. de Servitut. GALVANUS de Usufr. Cap. XII. §. 4. BRANCHU Observ. iur. Rom. cap. XVII. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 6. *Io.* WYBO Tribonian. ab Emblematib. Wissenbachii liberat. Cap. VI. §. 17. und WESTPHAL de lib. et servitut. §. 830. Allein zu dieser Beschuldigung ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Mit Recht erklären daher Andere die Stelle Ulpians von der prätorischen Präscription, wie z. B. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tr. V. Qu. 6. *Franc. Ramos del* MANZANO Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. Cap. 2. §. 16. *Ulr.* HUBER Digression. Iustinianear. Lib. II. cap. 17. §. 5. und *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 231. Das Wort *nusquam*, das Ulpian hier gebraucht hat, soll, wie Manzano a. a. O. bemerkt, auf den Ort hindeuten, und so viel sagen, daß Servituten auch in den Provinzen eben so wenig, als in Italien, präscribirt werden könnten. Zwar war es keinem Zweifel unterworfen, daß ein redlicher Besitzer, der ein Grundstück usucapirte, auf diese Art auch zugleich die dem Grundstück zustehenden Dienstbar-

dies auch deutlich genug zu verstehen, wenn er sagt: *Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.* Allein das Interesse des Staats, endlosen Streitigkeiten vorzubeugen, welches bey Servituten desto stärker wirkte, je leichter jene zwischen Nachbaren vorfallen können, machte es nothwendig, durch den Gerichtsgebrauch den Satz geltend zu machen, daß bey Servituten dem langwierigen fehlerfreyen Besitz die Kraft einer erwerbenden Verjährung beyzulegen sey. Folgende Stellen aus Ulpian werden uns hiervon überzeugen.

L. 1. §. *ult. D. de aqua et aquae pluv. arc.* In servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi, neque precario, neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videatur.

L. 5.

barkeiten erwarb. Allein die Frage war, ob nicht auch der Eigenthümer oder redliche Besitzer eines Grundstücks für dasselbe eine Servitut erst durch Präscription erwerben könne? Diese Frage entscheidet Ulpian nach dem Rechte seines Zeitalters verneinend. Da indessen Tribonian die Fragmente aus den Schriften der römischen Juristen oft in einem andern Sinn in Justinians Gesetzsammlung aufgenommen hat, als welchen sie ursprünglich hatten, wie ich schon öfters in diesem Commentar bemerkt habe; so kann man nun die Stelle Ulpians mit *van de* WATER am angef. Orte auch ganz füglich in dem Sinne nehmen, daß Niemand eine Servitut durch Verjährung erwerben könne, der nicht Eigenthümer des herrschenden Guts ist, dem die Servitut zum Nutzen gereicht. Diese Erklärung wäre denn auch dem allgemeinen Grundsatz gemäß, den Ulpian *L.* 1. *D. Commun. praedior.* lehrt.

L. 5. §. 3. *D. de itinere actuque privato.* Si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.

Diese ausserordentliche Verjährungsart, welche man bey Servituten zuließ, unterschied sich jedoch von der ordentlichen Präscription hauptsächlich darin, daß zu jener weiter nichts, als ein fehlerfreyer Besitz erfordert wurde. Ein rechtmäßiger Titel, ohne welchen keine ordentliche Präscription Statt hatte, war hier nicht nöthig, wie Ulpian in einer schon oben angeführten Stelle [31]) ausdrücklich sagt: Non est ei necesse docere *de iure*, *quo aqua constituta est*, veluti ex legato vel alio modo. **Duaren** [32]) und **Rävard** [33]) haben zwar dagegen verschiedene Einwendungen gemacht, allein Herr Hofrath **Gros** [34]) hat sie ausführlich und gründlich beantwortet. Die bona fides des Besitzers war hingegen auch bei der Verjährung der Servituten eine Haupterforderniß [35]). Diese mußte auch, sofern

31) *L.* 10. *D. Si servit. vindicet.*

32) Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 34.

33) Ad Leg. Scribon. cap. 7.

34) Geschichte der Verjährung S. 58. f.

35) Dies ist, seit dem die Verjährung bey Servituten aus einer blos schützenden eine erwerbende wurde, ausser Zweifel. Ob aber auch schon vorher zur Manutenenz bey der fernern Ausübung der Servitut die bona fides erforderlich gewesen? ist streitig. Rävard ad L. Scribon. nr. 8. *Hieron.* ELENUS Diatribar. seu Exercitation. ad ius civ. Lib. II. cap. 11. (bey *Ev.* OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1434.) und Hr. Hofr. Gros a. a. O. S. 57. tragen kein Bedenken, diese Frage zu beja-

fern es dem Besitzer an einem Titel fehlte, die ganze Verjährungszeit hindurch fortgedauert haben [36]). Hierdurch zeichnet sich ebenfalls die Erwerbung der Servituten als eine ausserordentliche Verjährungsart aus. Denn bei der ordentlichen Präscription war die bona fides blos zu Anfange des Besitzes erforderlich. Eine mala fides superveniens hemmte den Lauf derselben nicht [37]). Da ferner der Besitz kein heimlicher seyn durfte, so war es auch ganz natürlich, daß der Eigenthümer des dienstbaren Gutes es wissen mußte, daß sein Nachbar eine Servitut darauf ausgeübt hat. Daher erklärt sich, warum in dem Rescript des Krs Caracalla [38]), dessen Worte oben angeführt worden sind, auf die Wissenschaft des Andern, auf dessen Grundstücke die Servitut ausgeübt worden ist, ein solches Gewicht gelegt wird, daß der Kaiser deswegen unbedenklich eine Erwerbung durch Präscription annehmen zu müssen glaubte. Viele [39]) sind zwar anderer Meinung, und glauben, es sey bloß auf das Betragen desjenigen angekom-

bejahen. Allein Dabelow über die Verjährung S. 225. glaubt, die bona fides sey anfangs nicht nöthig gewesen.

36) S. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. V. Qu. 3. *Fr. Ram. del* MANZANO in Commentar. cit. P. II. Cap. 2. §. 25. (bey MEERMAN T. VII. pag. 69.) und *Ios. Fernand. de* RETES in succis. Select. ad Leg. Scriboniam §. 17. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 468.)

37) *L. 48. §. 1. D. de acquir. rer. dom.*

38) *L. 2. Cod. de Servitut.*

39) Z. B. GALVANUS de usufr. cap. XII. §. 9. pag. 114. *de* RETES cit. Select. ad L. Scribon. §. 18. LYKLAMA Membranar. Lib. II. Ecclog. 6. u. a. m.

kommen, der die Servitut ausgeübt hat. Genug wenn diese Ausübung auf eine solche Art geschehen sey, daß der Eigenthümer davon habe Wissenschaft erhalten können, so sey der Besitz kein heimlicher. Caracalla sage zwar freylich in der angeführten Constitution: Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti. Allein man sey nicht berechtiget, diesen faktischen Umstand, der blos zur Geschichtserzählung des Anfragenden gehörte, geradezu für ein rechtliches Erforderniß zu erklären. Dieser Meinung stehen indessen nicht unerhebliche Zweifel entgegen. Offenbar enthalten die angeführten Worte den Entscheidungsgrund des Rescripts. Es dürfte also mit der Interpretation der Rescripte in dem Justinianeischen Codex sehr übel aussehen, wenn wir die zur Geschichtserzählung gehörigen Umstände übersehen wollten, wie auch Dabelow[40]) mit Recht dagegen schon erinnert hat. Denn die Kaiser entschieden in ihren Rescripten blos einzelne Rechtsfälle nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts[41]). Sodann sagt Ulpian *L.* 5. *D. de servitut. praedior. urbanor.* INVITUM *in servitutibus* accipere debemus non eum, *qui contradicit*, sed eum, *qui non consentit.* Nach diesem Ausspruch mußte jede Handlung für widerrechtlich gehalten werden, welche ohne Wissen und Willen des Eigenthümers von einem Andern auf seiner Sache zum Nachtheil ihrer Freyheit unternommen wurde, nicht anders, als ob der Eigenthümer ausdrücklich widersprochen hätte[42]). Mit Recht schreibt daher Schifordegher[43]): *Vix est,* ut

40) Ueber die Verjährung S. 228. Not. u.

41) Vergl. ECKHARDI Hermenevt. iuris §. 221. pag. 404.

42) S. WESTPHAL de lib. et serv. praedior. §. 520.

43) Ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. 6. Qu. 4. Man sehe auch GIPHANIUS ad L. 2. Cod. de Servitut. pag. 175.

ut quis uti potuerit servitute, nec vi, nec clam, nec precario, quin ea usus fuerit, non solum sciente, sed et patiente domino. Eben dieses Erforderniß der Wissenschaft des Eigenthümers macht es nun auch begreiflich, warum man bey der Verjährung der Dienstbarkeiten durchgehends mit dem Ablaufe von zehn Jahren zufrieden war. Denn schon dieser Termin machte ein tempus longum aus, der Unterschied hingegen, den man zwischen Gegenwart und Abwesenheit des Eigenthümers bey der ordentlichen Präscription machte, und die Verdoppelung der Zeit im Fall der Abwesenheit paßte auf die Verjährung der Servituten nicht [44]. Alle die bisher angegebenen Bestimmungen lassen keinen Zweifel übrig, daß auch noch nachher, nachdem die Verjährung bey Servituten aus einer blos schützenden eine erwerbende geworden, dieselbe dennoch als eine ausserordentliche Verjährungsart vor Justinian behandelt worden sey. Daher kommt es auch, daß die confessorische Klage, welche wegen einer auf diese Art erworbenen Servitut angestellt werden konnte, nur eine actio utilis war [45]. Ja

44) S. Dabelow S. 225. In einigen Stellen ist zwar vom unvordenklichen Besitz die Rede. *L. 3. §. 4. D. de aqua quotid. L. 2. §. 1. et §. 7. D. de aqua et aquae pluv.* Allein diese gehören gar nicht hierher. Denn man kann hier gar nicht sagen, daß von einer durch Verjährung erworbenen Dienstbarkeit die Rede sey. Denn wenn der Anfang einer Servitut nicht mehr auszumitteln ist, so gilt dieselbe für rechtmäßig constituirt, weil der Titel alsdann präsumirt wird. *L. 3. §. 4. cit.* sagt ausdrücklich: Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, *iure constituti loco habetur.* Add. *L. 26. D. eodem.* S. H. Hofr. Gros Geschichte der Verjährung S. 56. folg.

45) *L. 10. D. Si servit. vindicet. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluviae.*

Ja Ulpian[46]) nennt sogar eine durch Verjährung erworbene Servitut blos eine *Quasi servitus.*

So war nun also schon vor Justinian in den Gerichten der, selbst durch kaiserliche Rescripte bestätigte Grundsatz angenommen, es finde bey Servituten eben so gut Erwerbung durch Verjährung, als bey andern Sachen Statt. So wichtig nun auch die Reformen waren, die Justinian *L. un. C. de usucap. transform.* in der Lehre von der Verjährung vornahm, so wenig ist dennoch erweislich, daß er die den Servituten eigenthümliche erwerbende Verjährungsart abgeschaft habe[47]). Es ist indessen nicht zu läugnen, daß sie durch ihn manche sehr wichtige Veränderungen erlitten hat. Durch die *L. ult. C. de praesc. longi temp.* wurde nämlich der Unterschied zwischen Gegenwart- und Abwesenheit, wobey lediglich auf den Wohnort (domicilium) sowohl des Eigenthümers, als des Präscribirenden geschehen, und Abwesenheit nur dann angenommen werden soll, wenn beyde Partheyen nicht in derselben Provinz, sondern in verschiedenen Provinzen ihren Wohnort haben, nun auch bey der Verjährung der Servituten eingeführt, das Erforderniß der bona fides blos auf den Anfang des Besitzes eingeschränkt, hingegen das in dem oben angeführten Antoninischen Rescripte[48]) angenommene Requisit, — die Wissenschaft des Eigenthümers,

46) *L. 1. §. ult. D. cit.*

47) S. Gros a. a. O. 4. Abschn. S. 78. f. und Dabelow §. 57. S. 276.

48) *L. 2. C. de Servitutib.*

mers, — wieder aufgehoben [49]). Das Resultat davon ist, daß nach Justinians Ausgleichung Servituten in zehn Jahren *inter praesentes*, und in zwanzig Jahren inter absentes durch die Verjährung erworben werden können, sobald nur der Besitzer von Anfang an in bona fide war. Iustus titulus hingegen ist auch nach dem neuesten Rechte bey dieser Verjährung nicht erforderlich [50]).

Aus dieser historischen Darstellung mag nun der Leser selbst beurtheilen, was von der Theorie derjenigen Rechtsgelehrten [51]) zu halten sey, welche meinen, daß Servituten nach den Römisch-Justinianeischen Rechten sowohl durch Usucapion als durch Präscription erworben werden könn-

49) Merkwürdig sind die letzten Worte der *L. 12. C. de praescr. longi temp.* Eodem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, *veluti usufructus, et caeterae servitutes*; wodurch also Justinian die in diesem Gesetz enthaltene, und die Bestimmung der Gegenwart und Abwesenheit betreffende Verordnung auch auf die Verjährung der Dienstbarkeiten ausdehnte, als welche er hier an sich schon als bekannt voraussetzte. S. SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tr. V. Qu. 4.

50) S. Dabelow S. 277. Viele sind zwar anderer Meinung. Man sehe z. B. *Io. Bapt. Andr.* LOEHLEIN Progr. quo communem opinionem de ordinaria praescriptione servitutum, sine titulo currente, legibus et rationi repugnare, demonstratur. *Wirceburgi* 1753. 4. Allein offenbar beruhet diese Meinung auf einem Mißverstande der Worte: ut *bono initio* possessionem tenentis in der *L. 12. C. de praescript. longi temp.* wie ich noch in der Folge näher zeigen werde.

51) VINNIUS select. Quaest. iuris Lib. I. cap. 31. und WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 830. Not. 739. pag. 567. sqq.

könnten. Man sagt nämlich, durch Usucapion könnten jetzt wieder Dienstbarkeiten erworben werden, weil Justinian dadurch, daß er den Unterschied zwischen der praescriptio longi temporis und usucapio aufgehoben hat, die bey Servituten durch das Scribonische Gesetz abgeschafte Usucapion wieder eingeführt habe. Durch Präscription hingegen, wenn sich Jemand weder gewaltthätig, noch heimlich, auch nicht bittweise der Servitut die gesetzliche Zeit hindurch bedient. Nach dieser Theorie sollen zwar beyde Verjährungsarten in Rücksicht der erforderlichen Zeit, und darin mit einander übereinkommen, daß sie eine vollkommene Erwerbung der Servitut bewirken; sonst aber sollen sie darin unterschieden seyn, daß bey der usucapio servitutum *titulus* und *bona fides* erfordert werde, wogegen auf die Wissenschaft des Eigenthümers nichts ankommt; bey der praescriptio aber zwar weder bona fides noch titulus nöthig sey, die Wissenschaft des Eigenthümers hingegen loco tituli erfordert werde. Das Urtheil, welches über diese Theorie von einem unserer heutigen Civilisten [52] ausgesprochen wird, sie sey unter der Kritik, scheint zwar hart zu seyn; allein für ungerecht kann man es wirklich nicht halten. Hätte Justinian die bey Servituten durch das Scribonische Gesetz aufgehobene Usucapion im Ernst wieder eingeführt, wie konnte Tribonian in die Pandecten des Kaisers Fragmente aus den Schriften der röm. Juristen aufnehmen, in welchen des Scribonischen Gesetzes, als eines noch jetzt geltenden Rechts, gedacht wird? Die Justinia-

52) Dabelow über die Verjährung. 1. Th. §. 75. Not. k. S. 360. folgg.

stinianeische Constitution von der Umbildung der Usucapion gieng ja bekanntlich den Pandecten voraus. Wie schlecht hätte Tribonian für die Uebereinstimmung der Pandecten mit dem Codex gesorgt[53])? Es ist aber auch wirklich in der neuen Justinianeischen Legislation der Unterschied gar nicht gegründet, denn Westphal[54]) zwischen der usucapio und praescriptio servitutum macht, wie sich aus der weiter unten folgenden näheren Erörterung noch mehr ergeben wird[55]).

Es kommt nun hiernächst noch auf die Erfordernisse der erwerbenden Verjährung bey Dienstbarkeiten an.

I. Die erste Bedingung dieser Präscription ist Besitz der Servitut. Diese iuris quasi possessio besteht darin, daß die Servitut entweder von dem selbst, der sie erwerben soll, oder von andern Personen in seinem Namen ohne Widerspruch muß ausgeübt, und zwar als ein Recht ausgeübt worden seyn[56]). Wer also aus einer andern Ursache den Weg über ein fremdes Grundstück nimmt, z. B. weil der gewöhnliche Weg überschwemmt ist, hat dadurch noch gar keine Handlung eines Besitzers aus-

53) Man sehe *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. Cap. 6. bey MEERMAN Tom. IV. pag. 225.

54) Cit. loc. pag. 568.

55) Vergl. auch WALCH Diss. de praescript. servitutum constitutiva §. 9.

56) Man vergleiche hier eines Ungenannten Versuche über den Quasibesitz. Halle 1806. 8. Nr. I. §. 4. Von dem Beweis dieses Erfordernisses ist vorzüglich MEVIUS Tom. II. Part. IX. Decis. 165. nachzusehen.

ausgeübt, wenn es auch noch so oft geschehen wäre. In folgenden Stellen ist alles dieses klar enthalten.

L. 7. D. de itinere actuque priv. Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen *tanquam id suo iure faceret*, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque, nam ut hoc interdictum competat, ius fundi possedisse oportet.

L. 25. D. Quemadm. servitut. amittant. Servitute usus non videtur, nisi is, *qui suo iure uti se credidit*, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.

L. 1. §. 6. D. de itinere actuque priv. Vivianus recte ait, eum, qui propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, *non videri omnino usum*: itaque inutile esse interdictum, non quasi precario usum, *sed quasi nec usum*. Ergo secundum (hoc) nec utro [57]) usus videtur: multo enim minus illo usus est, per quem non iit propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via praerupta erat.

L. 1. §. 7. D. eodem. Is, cuius colonus, aut hospes, aut quis alius iter ad fundum fecit: *usus videtur itinere, vel actu, vel via*, et idcirco interdictum habebit.

57) Haloander lieset hier *neutro*; id est, nec via publica usus est, nec itinere per tuum fundum.

L. 3. §. 4. D. eodem. Uti videmur servitutibus etiam per servos, vel colonos, vel amicos, vel etiam hospites, et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutes.

Bey negativen Servituten entsteht die iuris quasi possessio dadurch, wenn dem Eigenthümer eine Handlung verboten wird, welche er auf seinem Grundstück vornehmen wollte, und vermöge der natürlichen Freyheit auch unternehmen konnte, und dieser sich dabey beruhiget hat [58]).

II. Das andere Erforderniß bey der Verjährung der Dienstbarkeiten ist die *bona fides* desjenigen, welcher die Servitut auf diese Art erwerben will. Diese richtet sich ganz nach den allgemeinen Grundsätzen von der bona fides bey der erwerbenden Verjährung, und besteht daher in der Ueberzeugung, daß man zur Ausübung der Servitut berechtiget sey [59]). Ohne diese Bedingung findet auch bey Servituten keine erwerbende Verjährung Statt, und es ist

58) *L. 6. §. 1. D. Si servitus vindicetur. L. 18. in fin. D. Quemadm. servitut. amittant.* CARPZOV Responsa iuris Lib. I. Tit. 4. Resp. 36. de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 22. Not. 2. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 2. Abth. Resp. 236. nr. 32. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1166.

59) *L. 1. §. 10. D. de aqua quotid.* Sed etsi iure aqua non debetur alicui, *si tamen iure ducere se putavit:* cum non in iure sed in facto erravit: dicendum est, eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti possit. *L. 1. §. 19. eod.* Aristo putat, eum demum Interdictum hoc habere, *qui se putat iure suo uti:* non eum, qui scit, se nullum ius habere, et utitur.

ist offenbar irrig, wenn Huber[60]) und Westphal[61]) dieses Erforderniß für entbehrlich halten wollen.

Schon die Gesetze der Pandecten erfordern einen fehlerfreyen Besitz, der weder durch Gewalt, noch heimlich, noch bittweise erlangt worden ist[62]). Wie kann nun ohne das Requisit des guten Glaubens ein Besitz als fehlerfrey gedacht werden? Man erwäge nur, was es heißt: heimlich, oder mit Gewalt, oder bittweise besitzen.

Wer heimlich besitzt, maßt sich die Sache auf eine solche Art an, daß der Andere, von welchem er einen Widerspruch besorgt, es nicht erfahren kann und soll[63]). Man wende diesen Begriff auf den Quasibesitz der Servituten an. Kann derjenige, welcher die Servitut absichtlich auf eine solche Art ausübt, daß der Besitzer des dienstbaren Gutes es nicht erfahren soll, weil er dessen Widerspruch befürchtet, in gutem Glauben besitzen? Sagt nicht vielmehr ausdrücklich Pomponius[64]), ein heimlicher Besitz sey mit einer possessio pro suo unverträglich, und stehe der Verjährung entgegen?

Der gewaltsame Besitz ist zwar ohne Zweifel ein juristischer Besitz, und kann ein Recht zu Interdicten be-

60) Eunomia Rom. ad L. 10. D. Si servit. vindic. pag. 391.

61) De lib. et servit. praed. §. 830. Not. 739. pag. 568.

62) *L. 10. D. Si servit. vind. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. L. 1. C. de servitut. et aqua.*

63) *L. 6. pr. D. de acquir. vel amitt. possess.*

64) *L. 4. pr. D. pro suo.*

begründen, weil es dabey nicht gerade darauf ankommt, iusta an iniusta sit adversus caeteros possessio, wie Paulus [65]) sagt. Allein nie ist ein solcher Besitz zu einer Verjährung geeigenschaftet, den man sich gegen das ausdrückliche Verbot des Eigenthümers anmaßt [66]), weil damit der gute Glaube durchaus nicht bestehen kann.

Wer endlich eine Servitut *precario* ausübt, weiß, daß ihm dieses Recht nur auf eine zu aller Zeit widerrufliche Art verstattet sey. *Precarium* est, sagt Ulpian [67]), quod precibus petenti utendum conceditur tam diu, quam diu is, qui concessit, patitur. Er kann also das ihm verstattete Recht bona fide nie als ein ihm selbst zustehendes, oder seinem Grundstück eigenes und immerwährendes Recht ausüben.

Hieraus erhellet, daß man hier, wo von der Beschränkung der Rechte des freyen Eigenthums die Rede ist, das Erforderniß des fehlerfreyen Besitzes mit Recht als den bündigsten Beweis der bonae fidei betrachten kann; und dafür scheint ihn auch Ulpian [68]) selbst zu halten, wenn er sagt: sufficit enim, *si iure se ducere* sc. aquam *putavit, nec vi, nec clam, nec precario duxit.*

Einen zweyten Beweis gegen die Westphälische Theorie giebt uns Justinian in der *L. 12. C. de praescript. longi*

65) *L. 2. D. Uti possidet. L. 53. D. de acquir. vel amitt. possess.*

66) *L. 1. §. 5. D. Quod vi aut clam. L. 73. §. 2. D. de div. reg. iuris.*

67) *L. 1. D. de precario.*

68) *L. 1. §. 10. D. de aqua quotid.*

longi temp. wo er *bonum initium possessionis* ausdrücklich zur Präscription der Dienstbarkeiten erfordert. Ein solcher guter Anfang des Besitzes läßt sich wohl ohne bona fides nicht gedenken.

Die Stellen, auf welche sich dagegen **Westphal** beruft, enthalten zum Beweis seiner Meinung nicht das Mindeste. Die *L.* 5. §. *pen. D. de itin. actuq. privato* und *L.* 1. *in fin. D. de aqua et aquae pluviae arc.* sagen nur, daß bey der Verjährung der Dienstbarkeiten, außer dem fehlerfreyen Besitz, kein weiterer Titel erfordert werde. Dies kann nun aber mit dem guten Glauben sehr wohl bestehen, wie **Schiforshegher**[69]) längst gezeigt hat. Man setze z. B. es verkaufe mir Jemand ein Grundstück, und gebe bey der Uebergabe vor, dem Grundstück gebühre die servitus itineris auf dem Grundstück des Nachbars. Ich habe in dieser Ueberzeugung jene Servitut auch zehn Jahre ohne Widerspruch des Nachbars ausgeübt. Wer wird hier meine bona fides bezweifeln, ohnerachtet ich in Rücksicht der Servitut keinen Titel habe?

Die *L.* 24. *D. Quemadmod. servitut. amitt.* welche sagt: Licet malae fidei possessor sit, retinebitur servitus, beweist vollends gar nichts. Ich will, statt der Widerlegung, **Westphals** eigene Erklärung dieser Stelle hierher setzen, und man wird sich wundern, wie er eine solche Stelle hat zum Beweis gebrauchen mögen. Er sagt nämlich[70]): *Cit. L.* 24. *loquitur non de acquirenda, sed de retinenda servitute, item de possessore malae fidei non servi-*

69) Ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. VI. Quaest. 4.

70) De lib. et servit. praedior. §. 900. Not. 793. b. pag. 628.

servitutis, sed praedii[71]). *An ad acquirendam servitutem per praescriptionem bona fides sit necessaria, hac lege non est definitum.* Welcher auffallende Widerspruch! Endlich die *L.* 1. *et* 2. *C. de servitut. L.* 7. *C. eod.* und *L.* 26. *D. de aqua et aquae pluv. arc.*, welche Westphal noch an einem andern Orte[72]) zur Unterstützung seiner Theorie beyfügt, beweisen zwar, daß zur erwerbenden Verjährung der Dienstbarkeiten kein besonderer Titel erforderlich sey, wie sie auch Pothier[73]) ganz richtig erklärt, allein von der bona fides sagen sie dieses nicht. Wenn Huber[74]) noch den Grund gebraucht; *quod usus servitutis non vi, non clam, non precario tot annis exercitatus, non sine tacito vicinorum consensu videatur esse incohoatus, vel saltem continuatus;* so folgt auch hieraus noch lange nicht, daß der gute

71) Mit Recht bemerken *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 395. und *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. pag. 79. daß die *L.* 24. *cit.* aus der *L.* 12. *D. eodem* zu erklären sey, wo es heißt: Qui fundum alienum bona fide emit, itinere, quod ei fundo debetur, usus est. Retinetur id ius itineris, atque etiam si precario, aut vi deiecto domino possidet. Fundus enim, qualiter se habens, cum in suo habitu possessus est, ius non deperit: neque refert, *iuste nec ne possideat, qui talem eum possidet.* Der Grund hiervon ist ohne Zweifel der, weil eine Realservitut, von welcher hier die Rede ist, dem Grundstück, und nicht der Person des Besitzers zusteht, folglich kann auch desselben fides in keine Betrachtung kommen.

72) S. §. 834. pag. 572.

73) Pandect. Iustinian. Tom. I. Tit. de Servitut. Nr. XXIV. pag. 258.

74) Eunom. Rom. pag. 391. §. 3.

gute Glaube bey der Verjährung der Dienstbarkeiten entbehrlich sey, sondern es ergiebt sich daraus nur soviel, daß der fehlerfreye Besitz die rechtliche Vermuthung des guten Glaubens begründe, und daher dieses Erforderniß keines weitern Beweises bedürfe.

Galvanus[75]), der ebenfalls die bona fides für ein nothwendiges Erforderniß bey der erwerbenden Verjährung der Dienstbarkeiten hält, sucht uns von der Wahrheit dieses Satzes noch durch folgenden Grund zu überzeugen. *Quis enim credat*, sagt er, *auctores nostros, non magis iuris, quam aequitatis studiosos, malam fidem fovere voluisse, et quidem in servitutis acquisitione, quae est, cum odiosa, utpote contraria libertati, tum exorbitans, cum extraordinario quodam iure consistat.*

Nach dem Justinianeischen Rechte wird nun die bona fides nur zu Anfang des Besitzes erfordert, wie aus den Worten: *bono initio* possessionem tenentis etc. in der *L.* 12. *C. de praescript. longi temp.* erhellet, wenn man damit die folgenden Worte: *eodem observando* verbindet. Dies hat auch in dem Falle keinen Zweifel, wenn mir die Servitut von einem Nichteigenthümer, es sey durch eine Handlung unter den Lebenden, oder auf den Todesfall, ist constituirt worden. Da jedoch zur erwerbenden Verjährung bey Servituten ein iustus titulus nicht nöthig ist, wie nachher noch näher gezeigt werden wird, so entsteht die Frage, ob nicht etwa in dem Falle, da kein besonderer Rechts-

75) De Usufructu Cap. 12. §. 7. pag. 112. Man vergl. auch PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Observ. 32. §. 13. und HOFACKER T. II. §. 1101.

Rechtstitel vorhanden ist, erfordert werde, daß man die ganze gesetzliche Zeit hindurch in bona fide gewesen sey? Jos. Fernand. de Retes[76]) entscheidet diese Frage bejahend. Denn wer eine Servitut, sagt er, auf einer fremden Sache mit Wissen und ohne Widerspruch des Eigenthümers ausübt, muß glauben, daß ihm das Recht zustehe[77]). Er besitzt also gleichsam pro suo. Eine solche possessio pro suo verträgt sich nun aber mit der mala fides nicht, und muß nothwendig ihre Wirkung verlieren, wenn böser Glaube eintritt[78]). Ist hingegen ein besonderer Rechtstitul vorhanden, so bleibt hier doch immer wenigstens die iusta possessionis causa fortdauernd, wenn auch die bona fides des Besitzers aufhört. Allein Carl Wilhelm Walch[79]) glaubt, daß auch in diesem letzten Falle die mala fides superveniens nichts schade. Er nimmt zwar auch bey der Präscription der Dienstbarkeiten eine possessio pro suo an[80]); hält es aber dennoch für hinreichend, wenn der Präscribens nur zu Anfang seines Besitzes in bona fide gewesen ist. Er kann daher, sagt er, die Verjährung fortsetzen, wenn gleich der Eigenthümer des dienstbaren Guts die fernere Ausübung der Dienstbarkeit untersagt, ja ihm ausdrücklich erklärt hat, daß es seine Meinung keinesweges gewesen sey, ihm das Recht der Servitut zu gestatten, wenn er auch bisher dazu stille-

ge-

76) Succif. Selectio ad Legem Scriboniam §. 17. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 469.)

77) *L. ult. D. de itinere actuque priv.*

78) *L. 4. D. pro suo.*

79) Diss. de praescript. servitutum constitutiva §. 18.

80) Cit. Diss. §. 13.

geschwiegen habe: Es müsse nur der Besitzer sich an diesen Widerspruch nicht kehren, sondern fortfahren, die Servitut auszuüben. Denn nur erst durch den Verlust des Besitzes werde die Verjährung aufgehoben.

Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist es wenigstens nach dem Canonischen Rechte, welches wir in der heutigen Praxis befolgen, ganz entschieden, daß in jedem Falle eine fortdauernde bona fides auch bey der Verjährung der Servituten erfordert werde [81]); und dies wäre denn auch der oben angeführten Antoninischen Verordnung [82]) wieder ganz conform, wo es ausdrücklich heißt: *Quodsi ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos* (es ist von der servitute aquae ductus die Rede) *praestari tibi postulas: cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.*

Es braucht jedoch die bona fides nicht erwiesen zu werden, sondern wird so lange vermuthet, bis das Gegentheil erwiesen ist [83]), wenn gleich verschiedene Rechtsgelehrten auch hierin anderer Meinung sind [84]).

III. Ob

81) *Cap. 5. et ult. X. de praescript.* Vid. *de* RETES cit. loc. §. 17. pag. 469.

82) *L. 2. Cod. de Servitut.*

83) Schon wegen der allgemeinen Rechtsregel: *In dubio quilibet praesumitur bonus*, wozu noch *L. penult. C. de eviction.* und *Cap. 47. de Reg. iuris in 6to.* kommen. Man sehe auch *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 12. pag. 547. *de* RETES c. loc. §. 17. und *Ern. Godofr. Christ.* KLÜGEL Diss. de bona fide in praescriptione et usucapione necessaria. *Wittenbergae* 1781. §. 14.

III. Ob ausser der bona fides auch noch ein besonderer Rechtstitel erforderlich sey, ist sehr streitig. Einige[84]) bejahen diese Frage schlechthin, und berufen sich theils auf die Verordnung des Krs Antonin, welcher L. 2. C. de Servitut. sagt, daß Servituten *exemplo rerum immobilium* durch die Verjährung erworben würden; theils auf die Verordnung des Kaisers Justinian *L.* 12. *C. de praescript. longi temp.* und glauben, daß die Worte: *bono initio possessionem tenentis*, den zur Verjährung körperlicher sowohl als unkörperlicher Sachen erforderlichen Rechtstitel andeuten. Allein andere[86]), gestützt auf die Gesetze,

84) J. B. *Ios.* MASCARDUS de Probationib. Vol. III. Conclus. MCCXXI. nr. 15. sqq. pag. 423. und *Io. Henr.* de BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. Th. 21. Not. 3. Allein man sehe dagegen *Ern. Christ.* WESTPHAL Diss. de indole bonae fidei in praescriptionibus. *Halae* 1764. §. 20. und *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergerum* c. l. not. 5. Tom. I. pag. 270.

85) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Lib. VIII. Tit. 1. §. 14. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CX. medit. 4. Cramer Wetzlar. Nebenstunden Th. 14. Nr. 3. *Burck.* BARDILI Diss. de praescriptione servitutum §. 29. WALCH Controv. iuris civ. Sect. II. cap. 3. §. 28. u. a. m.

86) *De* RETES cit. loc. §. 16. GALVANUS de Usufructu Cap. XII. nr. 8. *Ramos del* MANZANO Commentar. ad Tit. Dig. de Servitut. P. II. Cap. 2. §. 23. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. cap. 7. VOET Commentar. ad Pandect. Lib. VIII. Tit. 4. §. 4. FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. XIII. cap. 83. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. VIII. Tit. 1. §. 7. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 32. §. 13. LYKLAMA a NYHOLT Membranar. Lib. II. Ecl. 6. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XLI. Tit. 3. Qu. 27. *Iac.* RAVE Princip. doctr. de praescriptione §. 61. et §. 75. *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Ber-*

setze [87]), welche weiter nichts als einen fehlerfreyen Besitz zur Erwerbung der Dienstbarkeiten durch Verjährung erfordern, halten den gerechten Titel für überflüßig. Sie erfordern auch keine Wissenschaft des Eigenthümers. Viele [88]) suchen endlich die Gesetze, worauf sich beyde Meinungen gründen, dadurch zu vereinigen, daß sie unterscheiden, ob der Erwerber der Servitut den Anfang seines Besitzes von dem Eigenthümer des dienstbaren Gutes selbst, oder von einem Nichteigenthümer herleite. In dem ersten Falle sey zur Erwerbung hinreichend, wenn er die Servitut weder gewaltthätig, noch heimlich, noch bittweise, das heißt, mit Wissen und ohne Widerspruch des Eigenthümers, die Verjährungszeit hindurch ausgeübt hat. Ein anderer Rechtstitel, als der aus der stillschweigenden Bewilli-

Bergeri Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 2. §. 22. not. x. Tom. I. pag. 271. HOFACKER Tom. II. §. 1101. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 421. pag. 181. *Car. Wilh.* WALCH cit. Diss. §. 14—16. u. a. m.

87) *L. 10. pr. D. Si servit. vindicet. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. L. 1. C. de servitut. et aqua.*

88) *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. VI. p. 43—51. *Hub.* GIPHANIUS in Explanat. difficil. LL. Cod. ad L. 2. C. de servitutib. pag. 174. sqq. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 31. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XI. cap. 12. *Io. van de* WATER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 231. sq. *Gregor.* MAJANSIUS Disputat. iuris civ. Tom. II. Disputat. LXVIII. §. 15. et 16. pag. 344. *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 2. §. 22. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. und Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 64. S. 50. der dritten Auflage.

willigung des wahren Eigenthümers abgeleitet wird, sey hier nicht erforderlich. In dem letztern Falle hingegen, da der Besitzer des dienstbaren Gutes nicht Eigenthümer ist, bedürfe es zwar keiner Wissenschaft des Eigenthümers, aber ein gerechter Titel sey hier zur Verjährung gegen den Eigenthümer schlechterdings nothwendig. Von diesem Falle sey die *L. ult. C. de longi temp. praescript.* zu erklären, dahingegen die *L.* 10. *D. Si servit. vindicet. L.* 1. *in fin. D. de aqua et aquae pluv.* und *L.* 1. *C. de servitut.* sich auf den ersten Fall bezögen. Den Unterschied bestätige auch die *L.* 11. §. 1. *D. de public. in rem act.* wo Ulpian sagt: Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum *per traditionem* constitutis, vel *per patientiam*; forte *si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci*; item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat. Dahingegen stehe die *L.* 2. *Cod. de servitutibus* nicht entgegen. Denn die Worte *exemplo rerum immobilium* giengen nicht auf den Rechtstitel, sondern blos auf die Verjährungszeit, welche die Verjährung der Servituten, mit der Präscription der unbeweglichen Sachen, gemein habe. Daß in dem Falle, von welchem das Gesetz redet, der Besitzer der Servitut keinen gerechten Titel hatte, ergiebt sich auch wirklich aus den nachfolgenden Worten ganz klar. Denn hätte der Besitzer einen gerechten Titel gehabt, wie hätte demselben die weitere Ausübung der Servitut untersagt, und sogar das Recht, eine Erstattung der wegen der Wasserleitung gehabten Unkosten zu fordern, abgesprochen werden können?

Unter diesen verschiedenen Meinungen entspricht nun zwar die zweyte der Geschichte der römischen Legislation mehr

mehr als eine der beyden übrigen. Allein für das practische System des römischen Rechts ist die letztere Meinung bey weitem brauchbarer, und verdient wegen der bessern Vereinigung der verschiedenen hier angeführten Gesetze unstreitig den Vorzug. Denn die Justinianeische Gesetzsammlung gilt als ein für sich bestehendes Ganzes, ohne Unterschied, ob das in dieselbe aufgenommene Recht alt oder neu ist. Man muß daher keine Gesetzstelle als antiquarisches Recht behandeln, wenn nicht das alte Recht durch das neue namentlich und schlechterdings aufgehoben worden, oder das Alte mit dem Neuen durchaus nicht in Einklang gebracht werden kann, welches aber bey der sogenannten praescriptio servitutum praetoria überall der Fall nicht ist. Der Unterschied zwischen den angeführten beyden Fällen besteht nun darin, daß in dem letztern Falle der Kläger, welcher sich auf die Verjährung beruft, einen iustum titulum nachweisen muß, welcher hingegen in dem ersten Falle vermuthet wird [89]). Den Grund, warum hier kein weiterer Beweis eines besondern Titels erfordert wird, giebt Anton Faber [90]) ganz richtig auf folgende Art an: *Servitutis quasi traditio, quae per patientiam inducitur, facta reperitur ab ipso fundi domino, qui eam expressim*

89) Man nimmt daher jetzt eine doppelte Verjährung bey Servituten an: eine praescriptio *regularis*, und eine *anomala*. REGULARIS, sagt man, indiget *titulo* et *bona fide*, et nititur *L. fin. C. de praescr. longi temp.* In ANOMALA sola scientia et patientia domini *pro titulo*, bonoque initio est, et nititur *L. 2. C. de servitut.* S. Ge. Christ. NELLERI Diss. de praescriptione servitutum praedial. P. I. §. 9. et 10. (in EIUS *Opusc.* Tom. I. P. III. Nr. XX. pag. 43.)

90) Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 10. pag. 733.

pressim constituere potuisset, hoc ipso nimirum, quod scivit et passus est, vicinum uti servitute, quandoquidem scientia illa et patientia in rebus incorporalibus vicem traditionis obtinet [91]). *Qua vero fronte potest titulum servitutis exigere is, qui tradidit ipse, aut saltem quasi tradidit servitutem? Aut quis tam stultus et supinus sit, ut vicinum ultro patiatur iure servitutis ire, aut quid aliud facere per fundum, qui nullam debeat servitutem.* Es ergiebt sich hieraus, daß wenn der Besitzer keinen gerechten Titel für sich hat, die Wissenschaft des Eigenthümers schlechterdings erforderlich sey, weil ohne dieselbe keine patientia denkbar ist.

IV. Das vierte Erforderniß der Erwerbung der Servituten durch Verjährung ist der Ablauf einer gesetzlich bestimmten Zeit. Hier ist zu unterscheiden. Es ist entweder

1) ein gerechter Titel vorhanden. In diesem Falle wird die Servitut binnen langer Zeit präscribirt, das ist, binnen zehn Jahren, wenn beyde Partheyen in einer und derselben Provinz ihren Wohnort haben, ausserdem aber erst binnen zwanzig Jahren [92]). Hätte jedoch ein solcher Nichteigenthümer die Servitut constituirt, der das dienstbare Grundstück mala fide besitzt, so wird, wenn es an der Wissenschaft des Eigenthümers fehlt, die Servitut erst binnen dreyßig Jahren erworben.

91) *L. ult. D. de Servitut. L. 1. in fin. D. de Servitut. praed. rusticor.*

92) *L. 12. C. de praescript. longi tempor.*

ben[93]). Sonst ist neben den gerechten Titel die Wissenschaft des Eigenthümers nicht erforderlich. Es ist daher ein Irrthum, wenn Rave[94]) den Satz aufstellt, daß nach der Novelle 119. Kap. 7. ohne Wissenschaft des Eigenthümers gar keine praescriptio longi temporis constitutiva mehr Statt finde.

2) Ist zwar kein gerechter Titel vorhanden, der Besitzer hat aber doch die Servitut weder heimlich, noch bittweise, noch gewaltthätig ausgeübt; so ist

a) nach dem römischen Rechte eine Zeit von zehn Jahren hinreichend. Die schon oben angeführte Verordnung des Kaisers Antoninus[95]), in welcher es heißt: *Longi temporis consuetudinem* vicem servitutis obtinere, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet, setzt dies ausser allen Zweifel. Hellfeld behauptet zwar dennoch, man müsse in diesem Falle die Servitut dreyßig Jahre ununterbrochen ausgeübt haben. Ja einige[96]) erfordern sogar eine unvordenkliche Verjährung. Allein

93) *Nov. CXIX. cap. 7.* Eigentlich betrifft zwar diese Novelle die Verjährung des Eigenthums. Allein man wendet sie analogisch auch auf Servituten an. S. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. S. 110.

94) Doctr. de praescript. §. 62.

95) *L. 1. Cod. de Servitut.* S. WALCH Diss. de praescript. servitut. constitutiva §. 27.

96) *Io. van de* WATER Observat. iuris Rom. Lib. II. cap. 18. pag. 231. sqq. Eben dieser Meinung war auch *Ge. Christph.* NELLER in Diss. de praescript. servitut. praedial. P. I. §. 5. Allein er hat sie nachher in einer neuern Diss. de praescriptione actio-

Allein weder die eine noch die andere von beyden Meinungen ist dem römischen Rechte gemäß. Die *L. 2. Cod. de servitut.* sagt ausdrücklich: Servitutem *exemplo rerum immobilium* tempore acquiri, welches offenbar keinen andern Sinn hat, als daß Servituten in eben der Zeit, wie unbewegliche Sachen, durch Verjährung erworben werden. Nun wird zwar allerdings in einigen Gesetzstellen [97]) von einer unvordenklichen Zeit gesprochen. Allein in diesen Stellen ist nicht von der Verjährung der Servituten die Rede; sondern es wird nur gesagt, daß eine Servitut, die seit undenklicher Zeit ausgeübt worden, für rechtmäßig constituirt zu halten sey, weil der Titel alsdann präsumirt wird [98]). Dies hebt aber die ordentliche Verjährung bey Dienstbarkeiten nicht auf.

b) Das canonische Recht hingegen stellt den Grundsatz auf, daß der, welcher das ius commune, oder wenigstens die Präsumtion wider sich hat, und diese streitet offenbar wider den, welcher iura in re aliena ausübt, stets einen gerechten Titel erweisen müsse, wenn er nicht eine unvordenkliche Verjährung für sich hat [99]). Hierdurch wäre denn also dem römischen Rechte derogirt, und es kann eine Servitut, wenn es an dem Beweis eines gerechten Titels fehlt, nur durch unvordenkliche Verjährung erwor-

actionum §. 25. Not.** (in *Opuscul.* a LEUXNERO edit. Tom. I. P. III. Diss. XXI. pag. 62.) selbst widerlegt und verworfen.

97) *L. 3. §. 4. D. de aqua quotid. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. L. 2. pr. §. 3. et §. 7. D. eod.*

98) S. Gros Geschichte der Verjährung S. 55. ff.

99) *Cap. 1. de praescript. in 6to.*

erworben werden, wie auch Thibaut[100]) behauptet. Indessen fehlt es freylich nicht an Rechtsgelehrten[1]), welche die Anwendung des *Cap. 1. de praescript. in 6to* auf den Fall läugnen, da die Servitut mit Wissen des Eigenthümers, nicht bittweise, auch nicht gewaltthätig ausgeübt worden ist. *Atque inde est*, sagt Schiforedegher, *quod iuris praesumtio servitutem praescribenti non repugnet, quando sciente et patiente vicino servitus fuerit acquisita.*

Noch ist zu bemerken, daß an Sachen, deren Eigenthum nicht longo tempore erworben werden kann, sich auch in zehn und zwanzig Jahren keine Servitut erwerben lasse[2]). Denn Servituten sind Qualitäten der Grundstücke, d. h. das Recht derselben ist eine Qualität des Eigenthums der Grundstücke[3]). Was also vom Ganzen gilt, gilt auch vom Theil. Daher werden Servituten auf

100) Ueber Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. S. 111.

1) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. VI. Qu. 5. pag. 49. und *Ge. Christph.* NELLER in Diss. de rebus praescribendis, et temporibus praescriptionum, praes. immemoriali. Sect. II. §. 19. pag. 31. et §. 24. pag. 38. (*Opusc.* Tom. I. P. III. Nr. 19.)

2) S. Thibaut a. a. O. §. 36. S. 109.

3) *L. 86. D. de Verbor. Significat.* Quid aliud sunt iura praediorum, quam *praedia qualiter se habentia*, ut bonitas, salubritas, amplitudo? d. h. die Servituten sind eben so bloße Qualitäten der Grundstücke, wie der gute Boden, die gesunde Lage, die Größe und der Umfang derselben. Man sehe auch *L. 12. D. Quemadm. servitut. amitt.* Vergl. DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. IX. Cap. 21. pag. 477. und von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 46. S. 438. Not. 3.

fiskalischen und Kirchengütern erst binnen vierzig Jahren erworben [4]).

Viele angesehene Rechtsgelehrte [5]), besonders die ältern Practiker, nehmen auch mit der Glosse [6]) an, daß servitutes discontinuae, welche nicht immer, sondern nur abgebrochen in gewissen Zeiten dürfen ausgeübt werden, nur durch einen unvordenklichen Besitz erworben werden könnten. Allein, auch ganz davon abgesehen, daß die possessio, cuius contrarii memoria non extat, nach dem römischen Rechte gar keine besondere Art der erwerbenden Verjährung, ja nicht einmal ein besonderer wahrer modus acquirendi iura et dominia rerum ist, sondern nur eine starke Vermuthung der rechtmäßigen Acquisition begründet, welche aber doch den Beweis des Gegentheils nicht ausschließt; so ist keine einzige Stelle aus dem Justinianeischen Gesetzbuche aufzuweisen, worin in Ansehung dieser Arten der Servituten die praescriptio definita für unzureichend erklärt worden wäre. Man beruft sich zwar auf *L. 14. pr. D. de servitutib.* *L. 1. § 23. L. 2. pr. D. de aqua et aquae pluv.* und *L. 3. §. 4. D. de aqua quotid. et aestiva.* Allein in keiner von diesen Stellen werden

4) WALCH Diss. de praescr. servitut. constitutiva §. 27. in fin.

5) VASQUIUS Lib. II. Controv illustr. c. 83. nr. 26. COVARRUVIAS Variar. Resolut. Lib. I. cap. 17. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 14. D. de Servitut. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XIII. §. 39. not. k. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XVIII. §. 7. MEVIUS Tom. II. P. IX. Obs. 164. GAIL Lib. II. Obs. 66. BARDILI Diss. de praescript. servitut. §. 35. Cramer Wetzlar. Nebenstunden. Th. 14. St. 3. u. a. m.

6) Gloss. in *L. 2. Cod. de Servitut.* vers. *quaesisti.*

den die servitutes discontinuae besonders ausgezeichnet. Die L. 14. bezieht sich überhaupt nur auf die durch das Scribonische Gesetz aufgehobene Usucapion der Servituten, und die dort angeführten Gründe passen auf die continuas so gut, als auf die discontinuas. Es geschieht sogar der servitutum praediorum urbanorum ausdrücklich Erwähnung, die doch gewöhnlich continuae sind. Die übrigen Stellen reden zwar von einem unvordenklichen Besitz, allein daß dieser bey den servitutibus continuis nothwendig erfordert werde, wird nirgends gesagt. Hierzu kommt noch, daß Justinian in dem neuesten Gesetz, welches namentlich von der Verjährung der Dienstbarkeiten handelt, — *L. 12. Cod. de praescript. longi temp.*, — keinen Unterschied in Ansehung der verschiedenen Arten der Dienstbarkeiten macht. Mit Recht verwerfen daher die neuern Rechtsgelehrten fast durchgehends jene Meinung als ungegründet [7]). Sollte auch bey dieser oder jener Ge-

 richts-

7) LEYSER Medit. ad Pand. Spec. CVIII. medit. 1. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 32. §. 16. de COCCEJI iur. civ. controv. Lib. VIII. Tit. 1. Qu. 6. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 435. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 6. S. 22. RAVE Doctr. de praescriptione §. 70—72. WALCH Controvers. iuris civ. Sect. III. cap. 3. §. 29. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. B. Medit. 157. *Car. Wilh.* WALCH Diss. de praescr. servitut. constitutiva §. 28. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36. S. 108. Unter den ältern Rechtsgelehrten verdienen noch bemerkt zu werden *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XIX. cap. 9. 10. 11. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XI. cap. 11. *Ramos del* MANZANO Commentar. ad Tit. de Servitut. P. II. cap. 2. §. 7. bey MEERMAN T. VII. pag. 64 und

richtsstelle nach selbiger seyn gesprochen worden, wie nicht geläugnet werden kann [8]), so läßt sich doch daraus noch kein solcher Gerichtsgebrauch ableiten, welchen der teutsche Richter in einem andern Gerichtshofe bey Abfassung seines Rechtsspruchs befolgen müßte. Und wenn gleich dieser Meinung selbst das ehemalige Reichskammergericht, wie man versichert [9]), in seinen Entscheidungen nachgegangen wäre, so sind doch auch solche Entscheidungen für andere Fälle keine Gesetze, und man kann daher nicht sagen, daß deswegen das Justinianeische Recht von der allgemeinen teutschen Gesetzgebung abgeändert worden sey [10]). Es bleibt also noch jetzt die einzige Norm, nach welcher diese Frage von der Verjährung der Dienstbarkeiten entschieden werden muß, sofern nicht die particulären Rechte eines Landes ein Anders verordnet haben sollten [11]). Endlich

IV. wird

und *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. IX. Cap. 7. bey MEERMAN T. IV. pag. 227.

8) S. *Consil. Tubingens.* Tom. I. Consil. 34. nr. 61. sq. Tom. III. Cons. 219. nr. 25. sq. de CANNGIESSER Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. 9. HOFACKER T. II. §. 1102.

9) S. MYNSINGER Observat. cameral. Centur. IV. Obs. 6. et 53. und Cramer a. a. O.

10) Man vergleiche hier vorzüglich Ernst Ferd. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 4. Bd. Nr. XXII. S. 334. ff. wo man eine sehr gründliche Abhandlung vom H. Prof. Woltär unter dem Titel: *Servitutes discontinuae* und *continuae* sind in Ansehung des Zeitraums nicht unterschieden, der zu ihrer Erwerbung durch Besitz erforderlich ist, finden wird.

11) Z. B. in Sachsen. S. MÜLLER ad *Leyserum* T. I. Fasc. II. Obs. 257. pag. 290.

IV. wird noch zuletzt erfordert, daß die Verjährung der Servitut nicht **unterbrochen** worden sey [12]). Der Erwerbende muß sich daher während der Verjährungszeit fortwährend in dem factischen Zustande befinden, auf welchen ihm die Verjährung ein Recht ertheilen soll; der Eigenthümer hingegen muß fortwährend von der Freyheit seines Grundstücks keinen Gebrauch machen, ob er gleich die Ausübung der Servitut weiß [13]). Eine Unterbrechung der Verjährung (*usurpatio*) geschieht daher

a) dadurch, daß der bisher Statt gefundene Besitzstand ganz aufhört, es sey nun, daß der Erwerbende den bisher ausgeübten Quasibesitz selbst aufgiebt, oder daraus verdrängt wird. Zwar läßt sich bey einer iuris quasi possessio, als einer unkörperlichen Sache, keine eigentliche Dejection denken [14]). Allein da bey Servituten der usus iuris Statt des Besitzes dient [15]), so ist eine interruptio naturalis hier insofern allerdings denkbar, als der Eigenthümer des dienstbaren Gutes die fernere Ausübung der Dienstbarkeit verhindert, und solche unmöglich macht, oder

12) S. WALCH Diss. cit. §. 29.

13) *L. 20 — 25. D. Quemadm. servitut. amitt.* RAVE Principia doctrinae de praescript. §. 68. und **Thibaut** über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 16.

14) *L. 4. §. 27. D. de usurpat. et usucap.* Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intelligitur ius incorporale: *nec de via quis mero iure detruditur.* Daher ist auch hier das Interdictum de vi nie anwendbar. S. v. **Savigny** Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 46.

15) *L. 20. D. de Servitut.*

auch nur dieselbe dem Präscribenten verbietet, und letzter es bey dem Verbot bewenden läßt [16]). Dergleichen Verbot kann auch durch die nach heutigen Rechten erlaubte Pfändung realisirt werden, sofern sie nämlich auf eine gesetzmäßige Art unternommen wird [17]). Eine Unterbrechung kann ferner

b) dadurch geschehen, wenn der Eigenthümer die Negatorienklage gegen den Präscribenten anstellt, oder, wenn der Gegner abwesend ist, bey dem compëtenten Richter eine Protestation einlegt [18]). Jedoch wird in jenem Falle eine Citation des Beklagten erfordert, welche gegenwärtig allein schon die Stelle der sonst nöthigen litis contestatio vertritt [19]); in dem letztern Falle aber kann auch, in Ermangelung des ordentlichen Richters, die Protestation schriftlich vor einem Notar, oder vor drey Zeugen geschehen [20]). Diese sogenannte interruptio civilis hat nun das Unterscheidende, daß sie die noch nicht vollendete Verjährung nur insofern unterbricht, als der Kläger siegt, oder

16) S. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. VII. Definit. 8. und besonders *Christ.* WINCKLER Diss. de interruptione usucapionis ac praescriptionis. *Lipsiae* 1793. Cap. II. pag. 39. sq.

17) MEVIUS P. I. Decis. 34. STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XLIII. §. 27. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIV. §. 60. STRYK de iure pignorandi. Cap. V. nr. 36. HOMMEL Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Observat. 109. und KIND Quaest. for. Tom. III. cap. 43.

18) *L. 3. et 4. C. de praescr. 30. vel 40. annor. L. 2. C. de annali except.*

19) Vergleiche des 3. Theils 2. Abtheil. §. 236. a. S. 394. u. folgg.

20) *L. 2. C. cit.*

oder den Prozeß liegen läßt, nicht insofern der beklagte Besitzer gewinnt [21]). Ob

c) die Verjährung auch dadurch unterbrochen werde, wenn der Besitzer das Grundstück, zu dessen Nutzen er bisher die Servitut ausgeübt hat, an einen Dritten veräußert, ist streitig. Dabelow [22]) führt die Gründe für und wider die Sache an. So viel ist richtig, daß wenn der Besitz vorher interrumpirt war, dem Nachfolger der Besitz des Vorgängers nicht nütze [23]). Geht hingegen der Besitz ununterbrochen aus einer Hand in die andere, so meinen viele [24]), daß die Verjährung dadurch nicht interrumpirt werde, wenn auch mehrere Besitzer auf einander folgen, es sey von der Verjährung der Servituten oder anderer körperlicher Sachen die Rede. Dabelow [25]) hingegen behauptet, daß bey der sogenannten praescriptio servitutum praetoria die accessio possessionis et usus schlechterdings ausgeschlossen sey, weil sie eine eigne für sich bestehende Verjährung ist, die weder nach der alten usucapio, noch nach der prätorischen longa possessione capio beur-

21) Thibaut über Besitz §. 17. S. 79.

22) Ueber die Verjährung. 2. Th. (Halle 1807.) §. 107. S. 21. folgg.

23) *L. 20. D. de usurpat. L. 15. §. 1. D. de div. tempor. praescript.* Von diesem Falle will man auch die *L. 32. §. 1. D. de servitut. praed. urb.* verstehen. S. Thibaut §. 18. S. 80.

24) *Pet.* BURGIUS Elector. libr. Cap. 7. (bey *Ev.* OTTO in *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 321.) *Greg.* MAJANSIUS Disputat. iuris civ. Tom. II. Nr. 61. *Christ.* WINCKLER Diss. de interruptione usucap. et praescript. Cap. 3. Thibaut a. a. O.

25) a. a. O. S. 23. ff.

beurtheilt werden dürfe. Da vollends die Voraussetzung, unter welcher das neue römische Recht accessionem possessionis bey der Verjährung gestattet, nämlich der iustus titulus und die bona fides, bey dieser ausserordentlichen Verjährung gar nicht in Betrachtung kommen, so müsse alle Analogie wegfallen. Es komme hinzu, daß nach den Gesetzen der Pandecten der *diuturnus usus* und die *longa quasi possessio* unter der Voraussetzung, daß von dem andern nicht bewiesen werden kann, daß man heimlich, gewaltthätig, oder bittweise besitze, eine *servitutem praetoriam* begründen, wobey eigner erworbener, und bis zum völligen Ablauf der Verjährungszeit auch eigner fortgesetzter Besitz und Gebrauch um so unerläßlicher sey, als durch den Hinzutritt der Zeit daraus die Vermuthung des Rechtstitels entspringe. Beyde Meinungen lassen sich, nach meiner Ansicht der Sache, sehr wohl vereinigen, wenn man unterscheidet, ob der Verjährende, ausser der bona fide, auch einen rechtmäßigen Titel für sich hat, oder blos einen fehlerfreyen Besitz, der sich auf die patientia des Eigenthümers gründet. Im letzten Falle hat Dabelow vollkommen Recht. Hier ist der eigne erworbene und fortgesetzte Besitz und Gebrauch nicht von der Verjährung der Servituten zu trennen, sondern man muß vielmehr annehmen, daß, wenn der eigne erworbene und so fortgesetzte Besitz und Gebrauch nicht mehr vorhanden ist, auch die angefangene Verjährung selbst dadurch aufgehoben sey. Eben dies bringt auch schon die stillschweigende Bewilligung des Eigenthümers mit sich, auf welcher hier die ganze Rechtmäßigkeit der Verjährung beruhet. Es versteht sich jedoch von selbst, daß die Ausübung der Dienstbarkeit durch einen Andern auf den Namen

men des Erwerbenden der Verjährung nicht schade, wie ich schon oben Nro. I. bemerkt habe. In dem ersten Falle hingegen, da der Verjährende einen gerechten Titel hat, und daher keine Wissenschaft des Eigenthümers erfordert wird, steht der accessio possessionis auch bey der Verjährung der Servituten nichts entgegen, sondern hier ist der Besitz, ohne Unterbrechung der Verjährung, als fortwährend anzusehen, wenn gleich mehrere Besitzer auf einander folgen [26]).

In solchen Fällen nun, da die Präscription unterbrochen worden ist, kann der Präscribens, wenn er den Besitz der Servitut verlohren hat, keinen Ersatz der zur Ausübung der Dienstbarkeit aufgewandten Unkosten fordern, sondern das auf dem dienstbaren Gute deshalb gemachte Werk fällt dem Eigenthümer desselben anheim [27]).

§. 630.

Allgemeine Grundsätze von Servituten.

Ehe wir von den einzelnen Arten der Dienstbarkeiten handeln können, müssen wir, nach Anleitung unsers Verfassers, hier noch folgende allgemeine Grundsätze vorausschicken.

I. Es

26) *L. 11. C. de praescript. longi temp. L. 14. D. de div. tempor. praescript. L. 76. §. 1. D. de contrah. emt.*

27) *L. 2. Cod. de Servitutib.* Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti. *Quodsi ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas: cum in aliena possessione operis facti dominium, quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat, cuius est possessio.*

I. Es wird im Zweifel nie vermuthet, daß eine Sache mit Servituten belastet sey. Denn die natürliche Freyheit des Eigenthums ist nicht blos zu präsumiren, sondern sie ist eine nothwendige Folge desselben, und bedarf daher keines besondern Beweises. Hieraus folgt, daß derjenige, welcher die Eigenthumsrechte eines Andern durch Anmassung irgend einer Dienstbarkeit einzuschränken sucht, die Beweise seiner Anmassung beybringen, widrigenfalls sich derselben im Wege Rechtens gänzlich enthalten müsse. Er hat also immer die Vermuthung gegen sich [28]). Ob ihm aber dieser Beweis auch dann noch zur Last falle, wenn er sich in den Quasibesitz der angemaßten Dienstbarkeit befindet, ist sehr streitig. Die Frage wird sich bey der Negatorienklage (§. 687.) besser erörtern lassen.

II. Servituten sind für das Grundstück, dessen Besitzer sie leiden müssen, beschwerlich; daher ist jede Dienstbarkeitsertheilung streng auszulegen, und jede Servitut so auszuüben, daß das Eigenthum des dienstpflichtigen Gutes so viel möglich geschonet werde [29]). Hieraus folgt weiter,

III. daß

28) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. 5. Abschn. S. 132. und Schneiders vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise. 2. Abth. Anmerk. XI. S. 434. S. auch WESTPHAL Interpretat. de lib. praed. §. 540. et 541.

29) *L. 20. §. 5. D. de servitut. praed. urban.* — Et omnino sciendum est, *meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse*: nisi aliquid nominatim, servitute imponenda, immutatum fuerit. Add. *L. 22. D. de servitut. praed. rust.* und WESTPHAL §. 549. Jedoch ist der Dominans ohne Zweifel zu allen demjenigen berechtiget, was die Natur der eingeräumten Dienst-

III. daß der Eigenthümer des berechtigten Grundstücks die ihm eingeräumte Servitut genau in den bestimmten Gränzen der Zeit und des Orts, auch zu keinem andern, als dem bestimmten Zweck, ausüben [30]) dürfe; und eben so wenig ist eine Ausdehnung derselben über die Bedürfnisse des praedii dominantis erlaubt [31]). Endlich

IV. wenn Jemanden eine Servitut ist eingeräumt worden, die eben so gut auf einem gewissen Theile des Grundstücks, als auf dem ganzen Grundstück ausgeübt werden kann, so muß der Herr des dienenden Gutes gehört werden, wenn er Jenem die Servitut auf einem bestimmten Theile des Gutes anweisen will. Es darf auch der Berechtigte den Platz, den er einmal zur Ausübung der Servitut selbst gewählt hat, nicht nach Willkühr ändern [32]).

§. 631.

Persönliche Dienstbarkeiten. I. *Usufructus.* Begriff.

Nach vorausgeschickten allgemeinen Erörterungen über die Lehre von Dienstbarkeiten gehen wir nun zur speciellen Lehre

Dienstbarkeit mit sich bringt. *L. 4. et 6. D. de usu et habitat. L. 6. D. de servitute legata.*

30) *L. 4. §. 1. et 2. D. de servitut. L. 5. §. 1. D. eodem. L. 24. L. 33. §. 1. D de servitut. praedior. rusticor. L. 2. D. de rivis. L. 12. C. de servitut.* Vergl. auch *Christph. Lud.* CRELL Observat. de servitutibus ad certum modum restrictis. *Vitembergae* 1751. und WESTPHAL § 543.

31) *L. 5. §. 1. D. de servitut. praed. rusticor.*

32) *L. 9. D. de servitut. L. 13. §. 1. et 2. D. de servitut. praed. rust. L. 21. 22. et 26. D. eodem.* WESTPHAL c. l. §. 548.

Lehre von den einzelnen Arten der Servituten über, und zwar wird in diesem Buche der Pandecten zuerst von den gesetzlich persönlichen Dienstbarkeiten gehandelt. Deren giebt es vier: *usus fructus*, *usus*, *habitatio* und *operae servorum*. Letztere Art weicht jedoch von der Natur der übrigen in mancher Rücksicht ab, daher sie manche Rechtsgelehrten [33]) gar nicht einmal hierher rechnen wollen. Jedoch davon Tit. VII. ein Mehreres. Ausser den benannten können auch manche Servituten, die sonst gewöhnlich dingliche sind, als persönliche ertheilt werden, wie Hellfeld hier bemerkt, und schon oben (S. 19. f.) vorgekommen ist [34]). Die in diesem Buche der Pandecten als persönlich aufgeführten Dienstbarkeiten können nie als dingliche constituirt werden, sie sind also absolut persönlich. Unter diesen ist der *usus fructus*, welchem Worte unser Nießbrauch oder Nutznießung voll-

kom-

33) S. VINNIUS in Comm. ad rubr. Tit. de usufr.

34) Ueber die oben angeführte sehr bestrittene *L. 14. §. 3. D. de aliment. legat.* verdient noch *Herm.* CANNEGIETER Observat. iuris Rom. Lib. I. cap. 17. pag. 116. nachgesehen zu werden, welcher die gemeine Leseart: est servitus personae, zwar in Schutz nimmt, weil das *personae tamen ei* etc. wie man nach der emendirten Leseart annimmt, die an ächte Latinität gewöhnten Ohren beleidige, (obwohl *Ge.* D'ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. I. cap. 8. pag. 64. der Meinung ist, daß man das *ei* mit EIUS auch ohne Bedenken vertauschen könnte, weil es öfters von den Abschreibern verwechselt worden sey). Allein statt: *tamen ei* lieset er: NEC tamen ei. Vielleicht habe eine Gemination der letzten Sylbe des vorhergehenden Worts (*personae*) veranlaßt, daß NEC nachher weggelassen worden sey.

kommen entspricht, bey weitem die gewöhnlichste und wichtigste Servitut, von welcher nun zuerst zu handeln ist [35]).

Soviel zuvörderst den Begriff vom *usus fructus* anbetrifft, so sagt **Justinian** [36]), ganz gleichlautend mit **Paulus** [37]): *Ususfructus* est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Man hat gegen diesen Begriff eingewendet, daß er mangelhaft und zweydeutig sey [38]). Denn Erstens sey das genus proximum nicht richtig angegeben. *Ususfructus* sey kein bloßes ius, sondern eine persönliche Dienstbarkeit. Ein ius utendi fruendi könne auch ein Dritter haben, an welchen der Usufructuar die Nutznießung veräußert hat, aber keinen *ususfructus* [39]). Zweytens hätten die Worte: *salva rerum substantia* einen vieldeutigen Sinn, und würden daher auch von den Rechtsgelehrten verschiedentlich erklärt. Ich will gar nicht einmal erwähnen, was man gegen die Richtigkeit der Leseart erinnert hat, indem einige [40]) für *rerum* lieber

35) *Io. Del* CASTILLO, *Marc. Aurel.* GALVANUS und *Ger.* NOODT de Usufructu sind hier die vorzüglichsten Schriften.

36) *Pr. I. h. t.*

37) *L. 1. D. h. t.*

38) S. GALVANUS Cap. IV. §. 5. und *Maur. God.* BAUER Diss. de legato ususfructus. Specim. I. *Lipsiae* 1795. Cap. I.

39) *L. 8. §. ult. D. de peric. et commod. rei vend.*

40) Z. B. *Fr.* HOTOMANUS in Comm. ad pr. I. h. t. pag. 139. und P. BUSIUS in Comm. ad L. 1. Pand. h. t. Allein schon RICCIUS Vindic. iuris Cap. 8. Tom. II. *Thes. iuris Otton.* p. 778. nennt diese emendatio infeceiissima, weil uns an der Richtigkeit der Leseart weder Paulus *L. 1. D. h. t.* noch Theophilus in Paraphr. gr. ad pr. I. h. t. zweifeln lassen, wenn gleich freylich,

lieber *earum* lesen wollen. Denn darauf kommt gar nichts an. Nur der wahre Sinn dieser Worte interessirt uns. Nach einigen [41]) sollen sie auf die Dauer des Nießbrauchs hindeuten. Tribonian selbst scheint zu dieser Erklärung Anlaß gegeben zu haben. Denn er setzt folgende Worte hinzu: Est autem ius in corpore: quo sublato, et ipsum tolli necesse est; welche er auch in den Pandecten *L.* 2. *D. h. t.* unter der Aufschrift: CELSUS lib. 18. Digestorum zur Erläuterung der Definition des Paulus beyfügt, ohnerachtet Celsus weit früher als Paulus lebte, und gewiß die ihm zugeschriebenen Worte in einer ganz andern Beziehung geschrieben haben mag. Indessen erklärt auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase die Worte eben so: *quousque ipsae res primitivae supersunt*, (ἐφ᾽ ὅσον αὐτὰ τὰ πρωτότυπα σώζεται πράγματα). Allein hätte Paulus nichts anders bey diesen Worten gedacht, so hätten sie, als überflüßig, und sich von selbst verstehend, eben so gut wegbleiben können, als das zu ihrer Erläuterung noch vom Theophilus beygebrachte Beyspiel. Nicht zu gedenken, daß der Nießbrauch erlöschen kann, wenn gleich die nutznießliche Sache noch unversehrt vorhanden ist. Andere [42]) glauben daher, die Worte: *salva rerum* *sub-*

lich, ausser DONELLUS Lib. X. Commentar. iuris civ. cap. 2. nicht leicht ein anderer Ausleger in der Wiederholung des Worts *rerum* eine besondere ἔμφασιν wahrnehmen möchte. Man sehe auch *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. II. cap. 23. §. 4.

41) *Ianus a* COSTA, MURETUS, MERILLIUS und GIPHANIUS in Comm. ad pr. I. h. t.

42) *Fr.* HOTOMANUS, *Conr.* RITTERSHUSIUS, *Fr.* BALDUINUS, *Herm.* VULTEIUS, *Arn.* VINNIUS, *Ev.* OTTO u. a. m. in Comm. ad pr. I. h. t.

substantia, zielten auf die Pflicht des Nutznießers, die Sache so zu gebrauchen, daß sie nicht verdorben werde. Allein es ist viel eher zu glauben, daß Paulus auf das Wesen des Nießbrauchs, als auf die Pflicht des Usufructuars werde Rücksicht genommen haben. Galvanus [43]) behauptet daher, Paulus habe durch die Worte: *salva rerum substantia*, blos die Qualität der Sachen bezeichnen wollen, die ein Gegenstand des Nießbrauchs seyn können. Der Sinn dieser Worte gehe also dahin: nur bey solchen Sachen finde der usufructus Statt, welche so beschaffen sind, daß sie durch den Gebrauch nicht aufgezehrt werden, sondern ihre Substanz behalten, um nämlich den wahren Nießbrauch von dem Quasiusufruct zu unterscheiden, welcher an fungiblen Sachen bestellet wird. Dem sey nun, wie ihm wolle, so läßt sich wenigstens nicht läugnen, daß der Begriff des römischen Juristen nicht deutlich ist, wenn ihn gleich mehrere neuere Rechtsgelehrten [44]) beybehalten haben. Galvanus [45]) substituirt daher folgenden Begriff: *Usufructus* est servitus personalis utendi fruendi rebus, quarum substantia utendo non consumitur. Um allen Zweydeutigkeiten vorzubeugen, glaube ich, daß der Begriff vom Nießbrauche auf folgende Art am richtigsten zu bestimmen wäre, wenn man sagt, es sey diejenige persönliche Servitut, vermöge deren man die körperliche Sache eines Andern, zwar auf alle mögliche,

43) Cit. loc. Cap. IV. §. 4. pag. 26. edit. *Tubing.*

44) S. MALBLANC Dig. T. I. §. 423. WESTPHAL §. 621. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 609.

45) Cit. loc. §. 6. pag. 27.

liche, der Natur derselben gemäße, aber doch solche Art gebrauchen und benutzen darf, daß sie nach geendigtem Gebrauche in Natur, sie sey übrigens durch ordnungsmäßige Abnutzung geworden, wie sie wolle, restituirt werden kann. Unter diesen Begriff lassen sich alle mögliche Fälle subsumiren. Uebersetzen wir hingegen die Worte: *Salva rei substantia*, mit den neuern Rechtsgelehrten, durch: unbeschadet der Substanz der Sache [46]), oder ohne deren Verschlechterung [47]); so gerathen wir in einen unvermeidlichen Widerspruch mit Ulpian [48]), wenn dieser sagt: Si *vestis ususfructus* legatus sit, scripsit POMPONIUS, quamvis heres stipulatus sit, *finito usufructu vestem reddi*, attamen non obligari promissorem, *si eam sine dolo malo adtritam reddiderit.* Hier ist von einem vermachten Kleider-Ususfruct die Rede. Ich weiß zwar wohl, daß man darüber noch im Streit ist, ob es ein wahrer, oder nur ein Quasiususfructus sey, wovon §. 644. ein Mehreres. Es ist aber doch wohl unläugbar, daß Ulpian nicht nur hier, sondern auch an einem andern Orte [49]), den Kleider-Nießbrauch vernünftigerweise für einen wahren ususfructus erklärt [50]). Denn der Quasiususfructus leidet nicht die Restitution des durch den Gebrauch verschlechterten Nießbrauchsobjects, im Gegentheil ist

46) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 609.

47) S. KONOPAK Institutionen des röm. Rechts. (Halle 1807. 8.) §. 280.

48) *L. 9. §. 3. D. usufructuar. quemadmod. caveat.*

49) *L. 15. §. 4. D. de usufructu.*

50) Man sehe hier vorzüglich *Fr.* SCHOEMANS Handb. des Civilrechts. I. B. Nr. I. S. 15. ff.

ist dies eine Folge der Natur des wahren Nießbrauchs. Nun sagt hier Ulpian, welches sehr merkwürdig ist, wenn auch bey einem vermachten Kleider-Nießbrauche zwischen dem Erben und Vermächtnißnehmer ausdrücklich wäre stipulirt worden: *vestem reddi*, so brauche letzter dennoch das ihm zum Ususfruct vermachte Kleid nur so zu restituiren, wie es durch ordnungsmäßige Abnutzung (sine dolo malo) geworden ist, ohne dafür weiter etwas zu vergüten.

§. 632.

Eigenheit des usus fructus, Object, und Entstehung desselben.

Der wahre usus fructus ist immer ein Recht an einer fremden Sache. Man unterscheide davon das Benutzungsrecht des Eigenthümers selbst. Dieses wird zwar zum Unterschiede *ususfructus causalis*, die Servitut hingegen *ususfructus formalis* genennt. Allein, es ist schon bey anderer Gelegenheit bemerkt worden, daß diese Benennungen nicht gesetzlich sind. Es giebt nur einen wahren usus fructus. Dieser ist die Servitut [51]). Das Recht des Eigenthümers, seine Sache zu benutzen, wird ausdrücklich in den Gesetzen davon unterschieden. Folgende Stellen beweisen dieses deutlich:

L. 5. *pr. D. Si ususfr. petet.* wo Ulpian sagt: Uti frui ius sibi esse, solus potest intendere, *qui habet usumfructum*: dominus autem fundi non potest: *quia*,

51) Man sehe vorzüglich *Greg.* MAJANSII Diss. de usufructu proprietati coniuncto, et ab ea separato. (in EIUSD. *Disputationib. iuris civ.* T. I. Nr. 2.)

qui habet proprietatem, utendi fruendi ius separatum non habet; nec enim potest ei suus fundus servire. De suo enim, non de alieno iure, quemque agere oportet. Quamquam enim *actio negativa* domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videatur, quam alieno: cum, *invito se, negat ius esse utendi fructuario*, vel *sibi ius esse probibendi.*

L. 78. pr. D. de iure dot. Cum in fundo mariti, sagt Tryphonin, habens mulier usumfructum, dotis causa eum marito dedit: quamvis ab ea ususfructus decesserit, *maritus tamen non usumfructum habet*, sed suo fundo *quasi dominus* utitur, consecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non separatam usufructu: nec est, quod non utendo maritus amittat.

In beyden Stellen wird nicht nur ausdrücklich geläugnet, daß das Benutzungsrecht des Eigenthümers ususfructus heiße, sondern es wird auch ein zweyfacher Unterschied angegeben, nämlich der Eigenthümer könne seines Rechts wegen, wenn sich solches ein Anderer anmaße, nicht actione confessoria, sondern nur negatoria klagen, und dieses Recht gehe auch nicht so, wie der wahre ususfructus, durch Nichtgebrauch verlohren. Nun wird zwar in einigen Stellen [52]) das Recht des Eigenthümers *ususfructus* genennt, qui proprietatem comitatur; allein es geschieht nur uneigentlich, und blos in der Hinsicht, weil doch das Benutzungsrecht des Eigenthümers gleichsam als die Quelle anzusehen ist, aus welcher die Servitut des Nieß-

52) *L. 126. §. 1. D. de verb. obligat. L. 21. §. 3. D. de except. rei iudic. L. 4. D. Si ususfr. petet.*

Nießbrauchs herfließt [53]). Es geschieht daher nur äusserst selten, daß dem Eigenthümer ein usufructus zugeschrieben wird, weil der weit bedeutendere Name *dominium* schon auch das Benutzungsrecht mit unter sich begreift. Es geschieht auch nur da, wo von der Bestellung eines wahren usufructus die Rede ist [54]). Ausserdem sagt Paulus [55]) ausdrücklich: Usufructus *non dominii pars*, sed *servitutis* est (scil. species), oder wie Haloander lieset, *servitus est*, welcher Leseart auch Majansius [56]) beystimmt. Diesem ist auch nicht entgegen, wenn eben dieser römische Jurist an einem andern Orte [57]) sagt: Usufructus in multis casibus *pars dominii* est: et extat, quod vel praesens vel ex die dari potest. Denn nach der Erklärung der besten Ausleger [58]) will Paulus nur so viel sagen, in vielen Stücken habe der Nießbrauch, nämlich die Servitut, von welcher hier die Rede ist, Aehnlichkeit mit dem Eigenthume, und nehme dessen Eigenschaften und Wirkungen an. Daß dieses der wahre Sinn dieser Stelle sey, erhellet nicht

 nur

53) Man vergl. besonders GALVANUS c. l. cap. 2.

54) *L. 4. D. Si usufr. petet. L. 63. D. de usufr.*

55) *L. 25. D. de Verbor. significat.*

56) Cit. Diss. II. §. 58. pag. 50.

57) *L. 4. D. h. t.*

58) *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad Tit. Dig. de pactis ad L. 27. §. 8. d. Tit. *Rad.* FORNERIUS Rerum quotidianar. Lib. II. cap. 13. (bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 175.) *Arn.* VINNIUS Commentar. ad princ. I. de Usufructu nr. 5. *Ger.* NOODT de Usufr. cap. 2. (*Operum* Tom. I. pag. 389.) *Aur.* GALVANUS cap. 26. pag. 315. und *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pand. loca difficil. Exerc. X. pag. 213.

nur aus dem beygefügten Beyspiel, nämlich der ususfructus könne, so wie das Eigenthum, einem andern entweder unbedingt, oder auf eine solche Art gegeben werden, daß er ihn erst künftig, nach Ablauf einer gewissen Zeit, erhalten soll [59]; sondern es haben auch schon längst die griechischen Scholiasten [60]) jene Stelle immer so verstanden, welche die Worte *pars dominii est* erklären durch μιμεῖται τὴν δεσποτείαν, i. e. dominium imitatur. Bey dem allen aber ist dennoch nicht zu läugnen, daß der sogenannte ususfructus causalis zuweilen die Eigenschaft des wahren Nießbrauchs (ususfructus formalis) annimmt. Dies ist der Fall, wenn dem einen der fundus, einem andern der ususfructus desselben, oder wenn zweyen der Nießbrauch eines Grundstücks gemeinschaftlich, und einem Dritten nebst der Proprietät auch zugleich der ususfructus vermacht worden ist. Hier wird derjenige, welcher nebst der Proprietät den Nießbrauch, also den sogenannten usumfructum causalem hat, sowohl in Rücksicht auf das ius accrescendi als den Verlust des Nießbrauchs, wie nicht minder in mehreren andern Stücken dem wahren Usufructuar gleich gehalten. Folgende Stellen dienen zum Beweis.

L. 3. §. 2. D. de usufructu accresc. Non solum autem, si duobus ususfructus legetur, est ius adcrescendi; verum et si alteri ususfructus, alteri fundus legatus est: nam amittente usumfructum altero, cui erat legatus, magis iure accrescendi ad alterum pertinet,

59) Mehrere Beyspiele führt WESTPHAL §. 634. pag. 415. an.

60) Vid. *Basilica* Tom. II. Lib. XVI. Tit. I. in Schol. pag. 263.

tinet, quam redit ad proprietatem. Nec novum: nam et si duobus ususfructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit, neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo: et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet. Et ita et *Neratio* et *Aristoni* videtur, et *Pomponius* probat.

L. 4. *eodem.* Si tibi proprietas fundi legata fuerit, mihi autem et Maevio et tibi eiusdem fundi ususfructus: habebimus ego et Maevius trientes in usufructu, unus triens proprietati miscebitur. Sive autem ego, sive Maevius, capite minuti fuerimus, triens inter te et alterutrum nostrum dividetur: ita ut semissem in usufructu habeat is, qui ex nobis capite minutus non fuerat, ad te proprietas cum parte dimidia ususfructus pertineat.

Es sind hier zwey Fälle angegeben, wo der ususfructus causalis mit dem formali concurrirt. Erstlich, wenn dem Einen der fundus, dem Andern der ususfructus desselben ist vermacht worden. Hier gebührt dem ersten so gut, wie dem letztern, der Nießbrauch, wenn es auch gleich nicht ausdrücklich gesagt ist. Denn man legte diese Bedeutung dem Worte fundus bey, daß sie den Nießbrauch einschloß[61]. Beyde sind also in Absicht auf den Nießbrauch als legatarii coniuncti zu betrachten, zwischen welchen das Accrescenzrecht Statt findet. Fällt nun der

61) *L. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. L. 19. D. de usu et usufr. leg.* Man sehe *Io.* SCHILTERI Herennius Modestinus. (*Argentorati* 1687. 4.) Cap. 9.

weg, dem der Nießbrauch vermacht worden ist, so geschieht keine Consolidation, sondern der vakante Nießbrauch fällt dem andern, dem der fundus vermacht worden ist, vermöge des Anwachsungsrechts zu. Der Unterschied besteht darin, daß der vermachte Nießbrauch mit allen vom Testirer darauf gelegten Lasten accrescirt, dahingegen die Consolidation ohne alle Beschwerde geschieht. Eben so würde aber auch im umgekehrten Falle das Anwachsungsrecht eintreten. Denn wenn zweyen der Nießbrauch vermacht ist, und er wird nachher in der Person des einen mit der Proprietät consolidirt, weil er das Eigenthum z. B. durch Kauf oder Schenkung an sich gebracht hat; so verliert dadurch der vermachte Nießbrauch die Eigenschaft des usus fructus formalis nicht [62]). Er kann daher in der Person des Proprietars verlohren gehen und accresciren, eben so, als wenn keine Consolidation geschehen wäre. Der andere Fall ist, wenn demjenigen, welchem der Testirer die Proprietät eines fundus vermacht hat, mit mehreren zugleich der Nießbrauch ausdrücklich vermacht worden ist. Dieser Fall unterscheidet sich von dem vorigen darin, daß hier der Proprietar, dem mit mehreren der Nießbrauch ausdrücklich vermacht worden ist, nicht die Hälfte, die er ohne Vermächtniß als legatarius fundi erhalten würde [63]), sondern nur ein Drittel erhält. Dieser Triens ist nun zwar, insofern er mit der Proprietät verbunden ist, ein usus fructus causalis. Allein er hat hier ganz die Natur

62) *L. 6. pr. D. de usufr. accresc.* Vid. *Ios. Christ.* MERTEN Diss. de Usufructu adcrescendo. *Erfordiae* 1773. §. 9.

63) *L. 9. D. de usufr. accresc. L. 26. §. 1. D. de usu et usufr. leg.*

Natur des usufructus formalis. Es trift daher das ius accrescendi ein, wenn etwa einer der Mitnutznießer seinen Antheil verliert, er sey, wer er wolle, wenn auch der legatarius proprietatis die Proprietät, mit Vorbehalt des Nießbrauchs, an einen Dritten veräußert haben sollte [64].

Der Nießbrauch ist ferner ein höchst persönliches Recht im subjectiven Sinn. Er kann daher

1) von der Person desjenigen, dem er zusteht, nicht getrennt werden [65]. Hieraus erklärt sich, warum derjenige, dem der usufructus vermacht ist, wenn er denselben wieder einem Andern zu restituiren gebeten worden, dennoch auch nach geschehener Restitution der eigentliche wahre Usufructuar bleibt. Denn der Fideicommissar erlangt durch die ihm geschehene Restitution nur die possessionem usufructus, nicht das dominium, wie Julian [66] sagt. Dies hat nun die Folge, daß wenn der letztere den Nießbrauch verliert, derselbe wieder an den Legatar zurückkehrt [67]. Nach dem Civilrecht würde auch der usufructus erlöschen, wenn der Legatar stirbt, oder eine capitis deminutio erleidet [68]. Allein der Prätor schützt den Fideicommissar bey dem Besitz des Nießbrauchs, nicht anders,

64) *L. 5. D. de usufr. accresc.* S. *Henr. a* SUERIN Quaestion. de usufructu accrescendo lib. un. bey OTTO in. *Thes. iur. Rom.* T. IV. pag. 107. und WESTPHAL §. 624. pag. 406. sq.

65) *L. 3. §. 3. D. Quib. mod. usufr. amitt.*

66) *L. 3. D. Si usufr. petetur.*

67) *L. 17. pr. D. de legat. II.* WESTPHAL §. 942. pag. 662. Not. c.

68) *L. 29. D. de usu et usufr. legat.*

anders, als wenn er diesem selbst wäre unmittelbar vermacht worden [69]). Er kann daher auch actione utili im eignen Namen klagen [70]).

Hieraus erklärt sich ferner, warum der Usufructuar zwar die Ausübung seines Rechts, so lange er lebt, einem Andern durch Kauf oder Schenkung überlassen, aber das Nutznießungsrecht selbst keinem Andern, als dem Proprietar, cediren könne [71]). Nam qui emit usumfructum, vel cui donatus est, *is utitur nomine usufructuarii.* Et ideo, si vendidero usumfructum, etiamsi emtor non utatur, *videor usumfructum retinere.* Quia, qui pretio utitur, non minus habere intelligitur usumfructum, quam qui principali re utitur fruitur [72]). Von der Cession des Nießbrauchs wird unten (§. 634.) noch mehr gesagt werden.

Hieraus erklärt sich ferner, warum der Usufructuar den Proprietar, als seinen Schuldner, in Rücksicht des Nießbrauchs nicht delegiren könne. Hat der Proprietar den-

69) *L. 29. cit.* Si quis usumfructum legatum sibi alii restituere rogatus sit, eumque in fundum induxerit fruendi causa: licet iure civili morte et capitis deminutione ex persona legatarii pereat ususfructus, *quod huic ipso iure adquisitus est;* tamen Praetor iurisdictione sua id agere debet, ut idem servetur, quod futurum esset, si ei, cui ex fideicommisso restitutus est, legati iure adquisitus fuisset. Add. *L. 4. D. Quib. mod. ususfr. amitt.*

70) *L. 29. §. 2. D. Quib. mod. ususfr. amitt.*

71) *L. 12. §. 2. L. 67. D. h. t. L. 8. §. 2. D. de peric. et commod. rei vend. §. 3. I. de Usufr.*

72) *L. 38. et L. 39. D. h. t.*

dennoch auf Verlangen des Usufructuars dem Gläubiger desselben den Nießbrauch cedirt, so ist zwar die Delegation nach dem strengen Recht ungültig, und das Recht des Nießbrauchs dauert in der Person des Usufructuars fort. Allein wollte letzter aus diesem Grunde den delegirten Nießbrauch in Anspruch nehmen, so würde ihm billig die exceptio doli entgegengesetzt werden können. Diese Einrede findet sogar alsdenn noch Statt, wenn der Delegatar vor dem Usufructuar sterben sollte, und der Nießbrauch wieder an den Proprietar zurückgekommen wäre. Denn der letztere hätte sich's auch müssen gefallen lassen, wenn der Delegatar den Usufructuar überlebt hätte [73]).

2) Der Nießbrauch ist blos auf die Lebenszeit des Usufructuars beschränkt. Daher sagt **Modestin**[74]) mit Recht: Titio, *cum morietur*, ususfructus inutiliter relinqui intelligitur; *in id tempus videlicet collatus*, *quo a persona discedere incipit*. Durch den Tod des Usufructuars hört demnach der Nießbrauch dergestalt auf, daß eine Wiedererneuerung desselben, die sonst auf jeden Fall des Verlusts festgesetzt werden kann, dennoch auf den Todesfall

73) *L. 4. D. de novat. et delegat.* S. MAJANSIUS cit. Diss. II. §. 36. p. 35. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 2. Nr. XVI. Not. f. et g. pag. 346.

74) *L. 51. D. h. t.* Eben so sagt **Paulus** *L. 5. D. de usu et usufr. leg.* Usumfructum, *cum moriar*, inutiliter stipulor: idem est in legato, quia et constitutus ususfructus morte intercidere solet. S. *Io. van* NISPEN Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini novem libris Differentiarum supersunt. (*Lugd. Batav.* 1752.) Cap. 10. init.

fall ganz vergeblich ist, wofern nicht etwa der Nießbrauch den Erben zugleich legirt worden wäre [75]).

Soviel hiernächst den Gegenstand des Nießbrauchs anbetrifft, so können eigentlich nur körperliche, und zwar nicht fungibele Sachen zu einem wahren ususfructus gegeben werden. Darin waren, nach dem Zeugniß des Celsus [76]), alle Rechtsgelehrten einverstanden: usumfructum esse *ius in corpore*. Eben diesen Satz hat Justinian, als ganz unbestritten, in seine Institutionen [77]) aufgenommen, und Theophilus [78]) erklärt ihn in seiner griechischen Paraphrase in den Worten: *ἀσώματός ἐςιν ὁ ουσούφρουκτος, κατηγορεῖται δὲ σωματικῆ, usufructus est incorporalis, sed praedicatur de re corporali*, so deutlich, daß gar kein Zweifel übrig bleibt. Unkörperliche Sachen, z. B. nomina, d. i. aussenstehende Kapitalien, sind also kein Gegenstand des wahren Nießbrauchs, sondern es läßt sich hier nur analogisch ein sogenannter quasi usufructus denken, von welchem Tit. 5. handelt. Ulpian [79]) rechnet ausdrücklich den usufructus nominum zum Quasiusufruct. Er sagt nämlich: Post quod (sc. Senatusconsultum,

75) *L. 5. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.* Repeti potest [legatus] usufructus amissus qualicunque ratione: *dummodo non morte*, nisi forte heredibus legaverit. Vid. WESTPHAL §. 954. not. 837.

76) *L. 2. D. h. t.*

77) *Princ. I. h. t.*

78) Paraphr. graec. ad princ. I. h. t. Tom. I. pag. 272. edit. *Reitz.*

79) *L. 3. D. de usufr. ear. rer. quae usu cons.*

tum, quod Tiberii tempore de quasi usufructu est conditum, wovon Ulpian in der unmittelbar vorhergehenden Stelle geredet hatte) omnium rerum usufructus legari poterit. An et *nominum?* NERVA negavit: Sed est verius, quod CASSIUS et PROCULUS existimant, posse legari. Es war hier nicht der Streit darüber, ob der usufructus nominum ein verus oder quasi usufructus sey. Denn das Erstere zu behaupten, ist nie einem römischen Juristen eingefallen, und unbegreiflich ist es, wie der mir sehr achtungswerthe **Lauterbach** [80]) hat schreiben können: *Nominum autem non quasi, sed magis verus datur fructus.* Der Streit zwischen **Nerva**, **Prokulus** und **Cassius** war vielmehr der, ob nach dem gedachten Senatusconsultum der usufructus nominum nicht wenigstens als ein quasi usufructus gültig vermacht werden könne, welches **Nerva** läugnete [81]). Daß bey Capitalien nur ein quasi usufructus Statt habe, ist vollends ausser allem Zweifel, wenn man erwägt, daß bey diesen die in dem Senatusconsultum vorgeschriebene Caution geleistet werden muß [82]).

Allein die Sachen müssen nicht blos körperliche, sondern auch nicht fungibele seyn, welche ein Gegenstand des wahren

80) Colleg. theor. pract. Pand. Lib. VII. Tit. 5. §. 6.

81) Man vergleiche hier vorzüglich *Car. Frid.* WALCH Progr. Controversiam de usufructu nominis inter veteres ICtos agitatam exponens. *Ienae* 1758.

82) *L.* 24. *D. de usu et usufr. leg.* Man sehe *Car. Frid.* WALCH Diss. de usufructu nominum maritali. *Ienae* 1767. §. 8—10. (*Opusc.* Tom. I. Nr. 4.)

wahren Nießbrauchs seyn sollen. Justinian [83]) belehrt uns hierüber auf folgende Art: Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis, et ceteris rebus: [*exceptis iis, quae ipso usu consumuntur*]. Nam hae res *neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum.* Es kann also an solchen Sachen, welche durch den Gebrauch, wozu sie vernünftigerweise ganz oder zum Theil bestimmt sind, sogleich und auf einmal ganz oder zu dem bestimmten Theile aufgezehrt werden (res fungibiles), kein wahrer Nießbrauch gegeben werden. Dahin gehören unstreitig Geld, desgleichen Eß- und Trinkwaaren. Es ist aber ein offenbarer Irrthum, wenn in der angeführten Stelle der Institutionen auch Kleider (vestimenta) zu den fungiblen Sachen gerechnet werden, wie auch Westphal [84]) ganz richtig bemerkt hat. Denn wie wenig es hier dem Kaiser Justinian ein Ernst gewesen sey, das Recht der Pandecten [85]), in welchem der vermachte Kleidernießbrauch für ein wahrer ususfructus erklärt ist, abzuändern, ist daraus offenbar, weil an einem andern Orte der Institutionen [86]) der Kleidergebrauch ohne Unterschied als Gegenstand

83) *§. 2. I. h. t.*

84) De libert. et servitut. praedior. §. 626. et 627. Man sehe auch VINNII Commentar. ad §. 2. I. h. t. *Guil. Otto* REITZ ad *Theophili* Paraphras. graec. Instit. §. 2. h. t. not. kk. Tom. I. pag. 273. meint, Justinian rede blos vom Tuch zu Kleidern, nicht von gemachten Kleidern.

85) *L. 15. §. 4. D. h. t. L. 9. in fin. D. Usufr. quemadm. caveat.*

86) *§. 5. I. de locat. conduct.*

stand des Miethcontracts anerkannt wird, welcher doch seiner Natur nach nur an nichtfungiblen Sachen Statt haben kann [87]). Es versteht sich übrigens, daß der Gegenstand des Nießbrauchs auch eine solche Sache seyn müsse, welche dem Usufructuar wirklich nützt, wenn sie ihm auch nur einen wissenschaftlichen Nutzen, oder auch nur ein intellectuelles Vergnügen gewährt. So kann mir z. B. Jemand den usumfructum von seinem Münzcabinet, ferner von seinen Gemälden, Statüen und Kupferstichen vermachen. Jedoch kann sich der Usufructuar in dem ersten Falle der Münzen nur als Gemmen oder Medaillen bedienen, und daraus Nutzen und Vergnügen schöpfen. Dies ist unstreitig der Sinn, wenn Pomponius [88]) sagt: Numismatum aureorum vel argenteorum veterum, *quibus pro gemmis uti solent*, ususfructus legari potest. Denn die Redensart: *veteribus numismatibus uti pro gemmis*, heißt nicht, wie es Donellus [89]) und Connanus [90]) erklären, sich der Münzen statt der Knöpfe auf dem Hut oder Rock zur Zierde bedienen, oder sie als Halsgehäng vor der Brust tragen, wie die Glosse des Accursius erklärt, sondern vielmehr *numismatibus uti, non tanquam numerata pecunia, sed tanquam gemmis, id est, ad eum modum, ad quem gemmis uti solemus, quarum usus est animi oblectatio ex earum cum collectione, tum contemplatione,*

87) S. SCHOEMANNS Handbuch des Civilrechts. I. B. Nr. I. S. 15—23.

88) *L. 28. D. h. t.*

89) Commentar. iur. civ. Lib. X. cap. 3. in fin.

90) Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 1. nr. 2.

tione, wie Ger. Noodt[91]) diese Stelle richtiger erklärt hat. In dem letztern Falle hingegen besteht der usufructus darin, daß der Usufructuar die Gemälde und Statüen zur Zierde und Bewunderung in seinem Hause aufstellen oder aufhängen kann. Hierher gehört, wenn Marcian[92]) sagt: Statuae et imaginis usumfructum posse relinqui, magis est; quia et ipsae habent aliquam utilitatem, *si quo loco opportuno ponantur.* Es thut übrigens nichts, wenn die Sache, woran mir der Nießbrauch ist eingeräumt worden, auch anfangs noch unbrauchbar seyn sollte, genug, wenn sie nur noch in der Folge brauchbar wird[93]).

Man kann auch den Nießbrauch sowohl von seinem ganzen Vermögen, als von einzelnen Sachen vermachen[94]). In dem ersten Falle beschränkt sich der Nießbrauch nicht blos auf dasjenige Vermögen, welches der Testirer zur Zeit des errichteten Testaments bereits erworben hatte, wie Castillo Sotomayor[95]), Gerh. Noodt[96]) u. Bayer[97]) behaupten, sondern er erstreckt sich ohne Zweifel auch auf das

91) Observation. Lib. I. cap. 5. und de Usufructu Lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Iac.* CUJACII Observat. Lib. X. cap. 37. *Guil.* BUDAEUS de asse et partibus eius Libr. V. pag. 945. edit. *Rechenberg.* und GALVANUS cap. 32. nr. 1.

92) *L. 41. D. de usufr.*

93) PAULUS *Lib. III. Sentent. recept. Tit. 6. §. 18. L. 12. §. 3. L. 55. D. h. t.* NOODT de usufr. Lib. I. Cap. 4. und GALVANUS cap. 31. nr. 6.

94) *L. 29. L. 34. §. 2. D. h. t. L. 37. D. de usu et usufr. leg.*

95) de Usufructu cap. 44.

96) De usufructu Lib. I. cap. 23. Tom. I. *Oper.* pag. 445.

97) Diss. de legato ususfructus Specim. I. cap. 4. pag. 31.

das nach der Errichtung des Testaments noch erworbene Vermögen, und hat also das ganze Vermögen zum Gegenstande, was der Testator zur Zeit seines Todes hinterlassen hat. Es folgt dies schon daraus, weil das Vermächtniß erst durch den Tod des Testirers seine Gültigkeit erhält, und es überhaupt eine Regel ist, daß die Größe des Vermögens eines Verstorbenen nach dem Bestand desselben zur Zeit des Todes des Erblassers zu beurtheilen sey [98]). Für unsere Meinung spricht ferner auch die Verordnung [99]), die Justinian in einem solchen Falle zum Besten der Kinder gemacht hat, da der Mutter derselben der Nießbrauch des ganzen Vermögens in dem väterlichen Testament ist ausgesetzt worden. Es können daher diejenigen Gesetze [100]) in gar keine Betrachtung kommen, in welchen gesagt wird: Si ita esset legatum, *vestem meam, argentum meum*, damnas esto dare, id legatum videtur, quod testamenti tempore fuisset: quia praesens tempus semper intelligeretur, si aliud comprehensum non esset. Ich will hier gar nicht berühren, was Jensius [1]) gegen diese Verordnung überhaupt erinnert hat. Denn, da dieselbe ganz klar ist, und auch in mehreren Stellen vorkommt, so kann dergleichen Raisonnement, wie

98) *L. 73. pr. D. ad L. Falcid. §. 2. I. eod. L. 6. C. de inoff. testam.*

99) *Nov. XVIII. cap. 3.* S. den 7. Th. dieses Commentars §. 546. S. 79. folg.

100) *L. 7. D. de auro et arg. leg.*

1) Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 284. sqq.

wie auch schon Westphal [2]) ganz richtig bemerkt hat, durchaus nicht passiren. Allein wie wenig dieser Grundsatz in einem solchen Falle gelten könne, da von einer universitas bonorum die Rede ist, erhellet daraus, weil hier nach klaren Gesetzen [3]) der Zuwachs, bis zur Zeit des Todes des Testirers, dem Legatar gehört. Ich übergehe andere Gründe, und verweise auf Voet [4]), der hierin ganz mit mir einverstanden ist. Der Nießbrauch, welcher Jemandem von einem ganzen Vermögen vermacht worden ist, begreift nun zwar auch die aussenstehenden Kapitalien des Erblässers in sich [5]). Denn Ulpian [6]) gedenkt ausdrücklich auch des *usufructus calendarii*. Calendarium aber hieß das Buch, worin jeder römische Paterfamilias die Namen seiner Schuldner einschrieb, welche ihm Zinsen zu bezahlen hatten. Denn diese wurden alle Monate (an den Kalenden) bezahlt [7]). *Usufructus calendarii*

2) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 586.

3) *L. 8. §. 8. D. de peculio leg. §. 20. I. de legat. L. 57. §. 2. D. de peculio. L. 20. §. 1. D. de ann. legat. L. 89. §. 1. D. de legat. II.*

4) Commentar. h. t. §. 15.

5) *L. 49. in fin. D. de Verb. Signif.*

6) *L. 37. D. de usu et usufr. leg.* Uxori meae usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim. Quaesitum est, an praediorum tam rusticorum, quam urbanorum, et mancipiorum, et supellectilis, itemque *calendarii usufructus* ad uxorem pertineat? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, omnium pertinere.

7) S. *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. II. cap. 28. nr. 5. et 6. und *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 1.

darii ist daher der Zinsengenuß von den ausstehenden Kapitalien des Erblassers [8]). Allein es kann doch ein solcher Nießbrauch nur von denjenigen Gütern verstanden werden, welche nach Abzug der Schulden des Erblassers übrig sind [9]). Denn es ist überhaupt schon die Regel bekannt:

M 2 Bona

8) NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 23.

9) *L. 43. D. de usu et usufr. leg.* Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiae partis usumfructum legaverit. *Nam si bonorum ususfructus legabitur, etiam aes alienum ex bonis deducetur*, et, quod in actionibus erit, computabitur. At si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur. Mit dieser an sich ganz planen Stelle hat die Critik auf mancherley Art ihr Spiel getrieben. Einige wollen mit Haloander *Nonnihil interest* lesen, andere mit der Vulgata: *Multum interest*. Anton Faber Conjecturar. iur. civ. Lib. I. cap. 14. billigt nicht nur die letztere Leseart, sondern setzt auch statt: rerum tertiae partis, *rerum certarum*. HERALDUS Rerum iudicatar. Lib. II. cap. 3. und *Hugo* GROTIUS in Florum spars. ad ius Iustinian. h. L. pag. 201. lesen hingegen *rerum certae partis*, i. e. certarum rerum. *Ger.* NOODT Observat. Lib. I. cap. 12. und de Usufr. Lib. I. cap. 23. hält zwar alle jene Emendationen für unnöthig, glaubt aber doch, daß bey den Worten: *et, quod in actionibus* etwas fehle, und so gelesen werden müsse: et, *si rerum*, quod in actionibus erit etc. Allein *Corn.* van BYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 24. hat gezeigt, daß auch diese Noodtische Emendation so unnöthig sey, als jene seiner Vorgänger. Der Sinn der Stelle geht dahin, es sey kein Unterschied, ob der Nießbrauch von einer certa pars bonorum, oder certa pars rerum vermacht worden sey; denn in dem einen Falle, wie in dem andern, müßten die Schulden des Erblassers abgerechnet, aber auch die Forderungen des Erblassers, d. i. seine ausstehenden Kapitalien dazu gerechnet werden. Denn dies ist der Natur einer legirten universitas gemäß.

Bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt [10]). Es erstreckt sich auch derselbe so wenig auf den Pflichttheil der Notherben [11]), als auf die dem Erben der Proprietät gebührende Quarta Falcidia [12]). Ist Jemandem der Nießbrauch von einem Theile des Vermögens ohne weitere Bestimmung vermacht, so gebührt ihm nach Vorschrift der Gesetze der Nießbrauch von dem halben Vermögen

gemäß. Die Benennungen bona und res sind auch völlig gleichbedeutend. Daß hier gerade des dritten Theils der Güter gedacht wird, bezieht sich auf eine Verordnung der Lex Iulia et Papia Poppaea, nach welcher Ehegatten, ausser dem zehnten Theil der Güter, den sie matrimonii nomine von einander erbten, sich auch noch den Nießbrauch von dem dritten Theil der Güter vermachen konnten. *L. 48. D. de usuris.* *L. 10. D. de praescr. verbis.* S. *Io. Gottl.* HEINECCII Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 14. §. 5. Ist hingegen blos der Nießbrauch von einzelnen Sachen vermacht, so kommen die Schulden des Erblassers so wenig, als seine ausstehenden Schuldforderungen in Betrachtung.

10) *L. 39. §. 1. D. de Verbor. Significat.* *L. 69. D. ad Leg. Falcid.*

11) *Nov. XVIII. cap. 3.* Hierdurch ist also der *L. 37. D. de usu et usufr. leg.* und der *L. 18. in fin. C. de excusat. tutor.* derogirt worden. S. BAUER Diss. de legato ususfructus. Cap. 5.

12) *L. 29. D. h. t.* Omnium bonorum usumfructum posse legari, *nisi excedat dodrantis aestimationem*, *Celsus* lib. 32. Digestorum et *Iulianus* lib. LXI. scribit, et est verius. Add. *L. 1. §. 7. D. ad Leg. Falcid.* Man sehe auch BAUER cit. loc. pag. 42. sqq.

mögen des Erblassers [13]). Es sind jedoch auch hier die Schulden des Erblassers vor allen Dingen abzurechnen. Es kann endlich der Nießbrauch auch von fremden Sachen vermacht werden, und er gilt unter eben den Bedingungen, unter welchen das Legat einer fremden Sache gültig ist. Es wird also vorausgesetzt, daß der Erblasser gewußt habe, daß die Sache, deren Nießbrauch er vermacht hat, eine fremde sey. Will der Eigenthümer dem Legatar den Nießbrauch seiner Sache nicht gestatten, so muß der Erbe denselben entweder durch Substitution einer andern Sache, oder dem Werthe nach entschädigen [14]).

Endlich soviel die Entstehung dieser Servitut anbetrifft, so wird sie zwar constituirt, wie jede andere Servitut (§. 624.), doch hat der Nießbrauch das Unterscheidende, daß er sehr oft ipso iure Statt findet [15]), und auch durch das ius accrescendi erworben werden kann, welches gewiß in dem Umfange, wie beym Nießbrauche, sonst bey keiner andern Servitut vorkommt [16]). Doch ist hier auch in Ansehung der gemeinen Entstehungsgründe noch manches Besondere zu bemerken.

I. Wird der Nießbrauch durch eine letzte Willensverordnung constituirt, so lassen sich verschiedene Fälle gedenken.

M 3 1) Der

13) *L. 43. D. h. t.* Etiam partis bonorum ususfructus legari potest. Si tamen non sit specialiter facta partis mentio, *dimidia pars bonorum continetur.*

14) S. WESTPHAL §. 631. Not. 557. pag. 412.

15) Die hierher gehörigen Fälle sind schon oben vorgekommen §. 627. S. 89.

16) Hiervon handelt Tit. 2. *de usufructu accrescendo.*

1) Der Testator kann Jemanden im Nießbrauche zum Erben einsetzen. Hier ist zu unterscheiden, ob neben demselben noch ein coheres universalis eingesetzt worden, oder nicht. In dem letzten Falle erhält der im Nießbrauch Eingesetzte nicht blos den Nießbrauch, sondern den ganzen Nachlaß [17]. Dies hat aus dem Grunde keinen Zweifel, ne testator pro parte intestatus decessisse videatur [18]. Ein gleiches soll auch in dem Falle Statt finden, wenn Jemand allein, jedoch mit Ausnahme des Nießbrauchs, zum Erben eingesetzt worden ist. Hier meinen viele [19], der Erbe bekomme mit dem ganzen Nachlaß auch den Nießbrauch, eben so, als wenn keine Ausnahme wäre gemacht worden. Wir haben über diesen Fall eine eigene Stelle in den Pandecten [20], welche folgendermassen lautet: Si ita quis heres institutus fuerit, *excepto fundo*, *excepto usufructu heres esto*: perinde erit jure civili, atque si *sine ea re* heres institutus esset. Idque auctoritate *Galli Aquilii* factum est. Es kommt hier alles auf den Sinn der Worte *sine ea re* an. Diese erklärt man gemeiniglich so: *sine ea exceptione*, oder *sine rei exceptae mentione*, seu *detracta usufructus mentione*, so daß also der Sinn derselben

17) S. GALVANUS de usufr. Cap. XIII. §. 12. pag. 126. und BAUER cit. Diss. Cap. 2. pag. 15.

18) Siehe auch *L. 1. §. 4. D. de hered. instit.* und *L. 9. §. 13. D. eodem.*

19) GALVANUS c. l. §. 13. *Ios.* FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pandectar. de liberis et postum. P. II. Cap. 1. §. 5. *Greg.* MAJANSIUS ad triginta ICtorum fragmenta Commentar. Tom. II. pag. 105. seqq. BAUER cit. loc.

20) *L. 74. D. de heredib. instit.*

selben denken: die Ausnahme dieser Sachen solle, als nicht geschehen, angesehen werden [21]). Allein schon Detlev Langebek [22]) erinnerte gegen diese gemeine Erklärung, daß sie dem Sinn des römischen Juristen nicht entspreche, und ihren Ursprung der fehlerhaften Leseart der Vulgate, welche so lautet: *ex certo fundo, excepto usufructu*, verdanke [23]). Er glaubt also, das Gesetz müsse ganz anders verstanden werden. *Meo iudicio*, sagt er, *hoc vult Iurisconsultus, in heredis institutione certam aliquam rem expresse excipi posse; veluti si dicat testator:* Titius ex asse heres esto, excepto fundo Treboniano, *vel* excepto usufructu illius *vel* illius fundi. *Quo casu ex asse quidem heres erit; verum fundus vel ususfructus exceptus, quasi ex causa fideicommissi, ad legitimos heredes spectabit. Et quid prohibet excipere certam aliquam rem, ut ex reliquo quis heres sit, cum legatum*

21) Ausser den in der Note 19. bereits angeführten Rechtsgelehrten gehören noch hierher *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. T. I. Decad. XV. Err. 7. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 5. Nr. XXXVI. not. a.

22) In LL. aliquot perdifficiles et nond. satis intellectas novae Annotationes Cap. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. I. pag. 550.)

23) Hiervon geht auch die Erklärung der Glosse aus: *Instituí mihi heredem*, heißt es in derselben, *Titium ex fundo meo Titiano, excepto usufructu. Certe heres institutus videtur in tota hereditate mea, detracta fundi mentione. Et hoc dicit Gallus Aquilius.* Die Worte: SINE EA RE, werden nachher eben so, wie gewöhnlich, erklärt, i. e. *sine exceptione eius rei* s. *fundi* s. *ususfructus. Totum enim simpliciter debet habere, cum non sit alius institutus.*

tum nihil aliud sit, quam delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit? L. 116. pr. D. de legat. I. Et in fideicommissis voluntas magis, quam scriptura spectetur? Dieser Erklärung ist auch Westphal [24]) beygetreten, welcher sie noch durch die sehr gründliche Bemerkung unterstützt, daß es nach jener gemeinen Erklärung des Ansehens des Aquilius Gallus zur Einführung eines Rechtssatzes nicht bedurft hätte, der schon auf den Begriff eines successoris universalis hätte gegründet werden können. Dahingegen bedurfte es eher der Unterstützung durch die Auctorität eines bewährten Juristen, daß man den letzten Willen auch in Ansehung der von der Erbschaft ausgenommenen einzelnen Sachen für gültig hielt. Man sahe also diese Ausnahme als ein dem Erben auferlegtes Legat an. Eine solche Ausnahme von der universitas bonorum hält auch Paulus [25]) in einem ähnlichen Falle für gültig. Ich trage kein Bedenken, diese Erklärung zu unterschreiben. Denn es ist ja doch wohl unstreitig ein großer Unterschied, ob ich einen blos ex re certa, ohne Miterben, instituire, oder ob ich einen, jedoch mit Ausnahme einer einzelnen Sache, zum Universalerben einsetze. Hier läßt sich die Regel des Pomponius [26]): ius nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse, schlechterdings nicht anwenden. Es paßt auch schon die ganze Erklärung gar nicht zu den Worten: *atque si sine ea re heres institutus esset*, wenn man sie nach der gemeinen Ansicht so verstehen

24) Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 252.

25) *L. 86. pr. D. de legat. II.*

26) *L. 7. D. de Reg. iuris.*

stehen wollte, daß die gemachte Ausnahme, als nicht geschehen, angesehen werden solle.

Ich komme auf den andern Fall, wenn ausser dem, welcher auf den Nießbrauch des Vermögens ist eingesetzt worden, noch ein anderer coheres universalis instituirt ist. Hier lassen sich wieder zwey Fälle gedenken, der cohaeres universalis tritt entweder die Erbschaft an, oder nicht. Im ersten Falle ist der auf den Nießbrauch Eingesetzte, weil er heres in re singulari ist, als bloßer Legatar anzusehen [27]). In dem letztern Falle hingegen bekommt er die ganze Erbschaft, eben so, als wenn der auf die Proprietät eingesetzte Miterbe gleich anfangs nicht wäre instituirt worden [28]). Wie aber, wenn der Erblasser Jemanden im Nießbrauche seines Vermögens zum Erben einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach desselben Tode ein Anderer des Testirers Erbe seyn solle? Was ist hier Rechtens? Diese Frage ist sehr streitig, und wird von den Rechtsgelehrten auf mancherley Art entschieden [29]). Einige [30]) beantworten sie so: der im Nießbrauche Eingesetzte,

27) *L. 13. Cod. de heredit. instituend.*

28) GALVANUS de usufr. Cap. 13. §. 13.

29) S. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. LVI. §. 13. und Hennemann Untersuchung zweyer Rechtsfragen: 1) Ob ein in gewisser Sache eingesetzter Erbe neben einem ohne gleiche Beschränkung eingesetzten, als Legatarius anzusehen sey? 2) Was Rechtens sey in dem Falle, da ein Erblasser Jemand im Genießbrauch zum Erben einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach dessen Tode ein anderer sein (des Testirers) Erbe seyn solle? Schwerin und Wismar 1790. 8.

30) HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXVIII. Tit. 5. §. 9.

setzte, da mit ihm zugleich Niemand in der übrigen Verlassenschaft — in der Proprietät, eingesetzt worden, sey einziger Erbe, der nach seinem Tode gerufene Erbe aber Fideicommißerbe. Letzter müsse jedoch den erstern überleben, stirbt er vor dem auf den Nießbrauch Eingesetzten, so werde dieser nun heres in solidum, und das Fideicommiß sey erloschen. Andere [31]) meinen, es müsse der letzte Wille des Erblassers in dem vorliegenden Falle nach der Billigkeit und der Rechtsanalogie so erklärt werden, daß der auf den Nießbrauch Eingesetzte, da ihm ein anderer Erbe zugegeben worden, als bloßer Legatar anzusehen sey; es müsse also die Einsetzung des zugegebenen Erben in Absicht auf das Recht zur Proprietät, als rein und unbedingt geschehen angenommen werden; nur, was den Nießbrauch betrifft, sey sie bis zum Tode des darin Eingesetzten suspendirt. Nach einer dritten Meinung [32]) soll in dem gegebenen Falle der im Nießbrauche eingesetzte Erbe, wahrer, obwohl auf den Nießbrauch eingeschränkter Erbe seyn; ihm sey ein anderer Erbe zugegeben, der die übrige Erbschaft haben soll, aber nicht rein, sondern nach dem Tode des im Nießbrauch Eingesetzten, das ist, von einem ungewissen Tage an; von einem Tage an, der eine Bedingung macht, — die Bedingung nämlich, daß der zugegebene Erbe den Tod des im Nießbrauch Eingesetzten erlebt haben müsse. Allein bey allen diesen Entscheidungen ist der richtige Gesichtspunct

31) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 12. und *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Tom. II. Exercit. XXX. §. 6. not. d.

32) Hennemann in der angeführten Untersuchung. 2. Frage §. 5. und 6.

punct fast durchgehends verfehlt. Darin haben die Vertheidiger der zweyten Meinung Recht, daß der auf den Nießbrauch Eingesetzte, weil er heres in re singulari ist, als bloßer Legatar anzusehen sey [33]. Allein die Behauptung, daß die Ernennung des Erben nach dem Tode des auf den Nießbrauch Eingesetzten, in Absicht auf das Recht zur Proprietät, für rein und unbedingt zu halten, und nur in Absicht auf den Nießbrauch bis zum Tode des darin Eingesetzten suspendirt sey, thut der Einsetzungsformel offenbar Gewalt an. Wie können die Worte:

„Ich setze den A. auf den Nießbrauch meines Vermögens zum Erben ein. Nach seinem Ableben soll B. mein Erbe seyn"

so gedeutet werden?

„A. soll den Nießbrauch meiner Verlassenschaft haben. B. soll aber mein eigentlicher Erbe seyn, und zwar gleich, und noch beym Leben des A. Er soll nur nach dessen Tode erst den Nießbrauch haben."

In Wahrheit, wenn das die Absicht des Testirers wäre, so hätte er sich ganz anders ausdrücken müssen. Hierin hat

33) Nach der *L. 13. C. de hered. instit.* soll derjenige, der auf eine einzelne Sache eingesetzt ist, wenn neben demselben ein anderer Erbe entweder schlechthin oder zu einem idealen Theil des Ganzen gerufen ist, als Legatar behandelt werden. Anders erklärt zwar dieses Gesetz Hennemann in der angef. Untersuchung. 1. Frage §. 7. u. 8. Es ist jedoch hier der Ort noch nicht, diese Erklärung näher zu prüfen, wovon in dem Tit. de hered. instituendis. S. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 669.

hat also die dritte Meinung Recht, daß die Einsetzung des nach dem Tode des A. auf die Proprietät eingesetzten Erben nicht rein, sondern von einem ungewissen Tage an, geschehen sey. Ein solcher ungewisser Tag wird einer Bedingung gleich geachtet, welche darin besteht, daß der von einem solchen Tage an ernannte Erbe den Tod des auf den Nießbrauch Eingesetzten erleben muß [34]). In einem solchen Falle kann nun der Erbe, wie bey bedingten Einsetzungen, die bonorum possessio secundum tabulas erhalten [35]). Es kann also der auf den Nießbrauch Eingesetzte das ihm zugedachte Vermächtniß nur insofern erhalten, als der erst nach desselben Tode auf die Proprietät eingesetzte Erbe bey seinem Leben die B. P. secundum tabulas agnoscirt. Nach diesen Grundsätzen hat auch Thibaut [36]) die aufgeworfene Streitfrage ganz richtig entschieden.

2) Gewöhnlicher ist der Fall, daß der Nießbrauch legirt wird. Hier kommt es darauf an, ob einem Dritten die Proprietät vermacht worden, oder nicht. Im letztern Falle verbleibt das Recht an der Substanz der Sache dem Erben, der Legatar hingegen hat den vollen und alleinigen Genuß. In dem ersten Falle hingegen ist entweder das Grundstück ausdrücklich mit Ausnahme des Nießbrauchs vermacht worden, oder es ist schlechthin dem Einen die Sache, dem Andern der Nießbrauch derselben vermacht. In

34) *L. 1. §. 2. D. de condit. et demonstrat. L. 79. §. 1. D. eodem. L. 4. pr. D. Quando dies legator.*

35) *L. 23. pr. D. de heredib. instituend.*

36) System des P. R. 2. Th. §. 805.

In dem ersten Falle hat der Legatar des Grundstücks die blosse Proprietät. In dem letztern aber theilen beyde den Nießbrauch mit einander. Es gehören hierher folgende Stellen.

§. 1: *I. de usufructu.* Ususfructus a proprietate separationem recipit: idque pluribus modis accidit: ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit, nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum; et contra, si fundum legaverit, deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum; item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest.

L. 19. D. de usu et usufr. legat. Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit; si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet, eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego; vel Sejo eiusdem fundi usumfructum heres dato. Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.

Ob diese Vorschrift noch jetzt anzuwenden sey, ist sehr streitig. Viele [37]) zweifeln daran, weil die in derselben angenommene Auslegung des letzten Willens nicht nur gegen die Absicht und Meinung des Testirers, worauf doch

37) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. VINNIUS Comm. ad §. 1. I. h. t. nr. 1. Struben rechtliche Bedenken. 5. Th. Bed. 110. WERNHER lectiss. Commentation. ad Pand. Lib. XXXIII. Tit. 2. §. 3. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1490.

doch bey Fideicommissen [38]), mithin auch, wegen deren Exäquation, bey den Vermächtnissen vorzüglich, und mehr, als auf die Worte selbst, zu sehen sey [39]), sondern auch gegen den teutschen Sprachgebrauch streite, und blos aus dem römischen heut zu Tage nicht mehr geltenden Formularrecht herfließe. Allein es ist eine Regel, daß man Vermächtnisse so vollständig erkläre, als der Wortverstand ausdrückt [40]). Nun aber drückt das teutsche Wort Gut oder Grundstück gewiß eben so gut, als das römische fundus das volle Eigenthum aus, und begreift also auch den Nießbrauch unter sich [41]). Soll nun aber dieser dennoch ausgeschlossen, und einem Andern allein vermacht seyn, so muß es der Testirer deutlich ausdrücken, sonst bleibt es bey dem gemeinen Sprachgebrauche. Ueberhaupt haben die Gesetze den Grundsatz aufgestellt, daß im Zweifel unter dem Vermächtniß einer Sache, sie sey ein fundus oder etwas Anderes, auch der Nießbrauch derselben begriffen sey, und zwar sogar alsdann, wenn auch die Sache nur eine unkörperliche seyn sollte. Folgende Stelle wird uns hiervon vollkommen überzeugen.

L. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. Si tibi decem (millia) legata fuerint, mihi eorundem decem (millium) ususfructus: fient quidem tua tota decem millia, sed mihi quinque numerari debebunt, ita ut

38) *L. 16. C. de fideicomm.*

39) *§. 3. I. de legat.*

40) *L. 12. D. de reg. iuris.* S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. V. cap. 10. nr. 7.

41) *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticor. Dec. LXII. Err. 10.

ut tibi caveam, tempore mortis mea, aut capitis deminutionis restitutum iri. Nam etsi fundus tibi legatus fuisset, et mihi eiusdem fundi usufructus, haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu: et non heredi sed tibi caverem boni viri arbitratu.

Aus diesen Gründen streiten daher auch viele Rechtsgelehrten[42]) für den heutigen Gebrauch jener Vorschrift.

Zuweilen ist es zweifelhaft, ob der Nießbrauch oder das volle Eigenthum der Sache vermacht sey. Dies ist z. B. der Fall, wenn eine Sache zur Benutzung vermacht worden ist. Galvanus[43]) glaubt, es sey hierdurch blos der Nießbrauch vermacht. Voet[44]) hingegen, und mit ihm die meisten Practiker[45]) wollen vielmehr behaupten, daß in dem bemerkten Falle nach der Analogie der Gesetze

42) *Io.* SCHILTERI Herenniu. Modestinus Cap. 9. §. 13. CARPZOVII Iurispr. for. P. III. Const. 13. def. 7. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 4. not. 9. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. 6. Specim. CCCLXXXIV. medit. 3. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum.* Tom. IV. Fasc. I. Obs. 603. *Io. Christ.* KNORTZSCHKER Diss. de usu hodierno L. 19. D. de usu et usufr. *Lipsiae* 1793. THIBAUT Syst. des P. R. 2 B. §. 754. Dieser Meinung ist auch Hellfeld §. 1534. verglichen mit Not. y.

43) De Usufructu cap. 23.

44) Commentar. ad Pand. h. t. §. 9.

45) S. CARPZOV P. III. Const. 13. Definit 9. et 10. *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* Decisiones. Vol. IV. Obs. 38. LEYSER Specim CCCLXXXIV. medit. 1. und LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. Lib. XXXIII. Tit. 2. §. 4.

setze [46]) die volle Proprietät der Sache legirt sey, wofern nicht die Benutzung ausdrücklich nur auf die Lebenszeit des Legatars beschränkt worden ist. Die erstere Meinung ist jedoch, wie Hofacker [47]) bemerkt, dem teutschen Sprachgebrauche gemäßer. Ein anderer Fall ist, wenn Jemandem der Nießbrauch einer Sache mit der Bedingung vermacht worden ist, die Sache nach des Legatars Tode einem Dritten zu restituiren. Denn da der Nießbrauch mit dem Tode des Usufructuars ipso iure erlöscht; so ist hier wohl im Zweifel anzunehmen, daß vielmehr die Proprietät cum onere fideicommissi, als der bloße Nießbrauch vermacht sey [48]). Ist der Nießbrauch vermacht, aber dabey zugleich die Befugniß, die Sache zu veräußern, gegeben worden, so kommt es darauf an, ob sie schlechthin, oder nur im Falle der Noth gegeben worden ist. In jenem Falle ist die volle Proprietät als unbedingt vermacht anzunehmen [49]); in dem andern aber ist nur der Nießbrauch unbedingt, die Proprietät hingegen unter der Bedingung legirt worden, wenn ein Nothfall erweislich eintritt [50]).

Sind die jährlichen Früchte eines Gutes vermacht, so ist ein Unterschied zu machen, ob es direct, oder auf eine solche Art geschehen ist, daß sie der Erbe alle Jahr dem Legatar abliefern soll. Im ersten Falle ist es so gut, als

46) *L. 4. D. de aliment. et cibar. legat. L. 8. §. 15. D. de transact.*

47) Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1490.

48) VOET c. l.

49) S. REINHARTH Sel. Observat. ad *Christin.* Vol. IV. Obs. 38. pag. 40.

50) VOET ad Pand. h. t. §. 11.

als ob der Nießbrauch selbst vermacht sey [51]). In dem letzten Falle hingegen ist nicht der Nießbrauch selbst vermacht, sondern ein bloßes legatum annuorum redituum vorhanden, welches von jenem ganz verschieden ist [52]). Denn hier bleibt die Sache selbst im Besitz und unter der Disposition des Erben, dem Legatar hingegen steht kein Recht an der Sache zu, sondern dieser hat nur ein persönliches Forderungsrecht an den Erben, vermöge welchen er mit der actione personali ex testamento auf die Auslieferung der von ihm erhobenen Jahresfrüchte klagen kann [53]). Da hier dem Legatar kein dingliches Recht zusteht, so kann er auch nicht hindern, wenn der Erbe die Sache verkauft, wofern nur der Legatar durch Caution gesichert wird, daß er die Früchte der Sache, es sey in Natur, oder im Werthe, alle Jahr richtig erhalte, denn mehr, als diese, kann er nicht verlangen, weil hier der Erbe im Besitz der Sache bleibt, und die Früchte selbst bauet und erhebt, welche er an den Legatar abzugeben hat.

Merk-

51) *L. 41. D. de usu et usufr.* Cum ita legatum esset, *fructus annuos fundi Corneliani Publio Mevio do lego*, perinde putat accipiendum esse LABEO, *acsi ususfructus fundi similiter esset legatus*; quia haec mens fuisse testatoris videatur. Add. *L. 20. D. h. t.* Man sehe auch NOODT de Usufr. Lib. II. cap. I. *Oper.* T. I. pag. 448.

52) Man sehe HUBERI Praelect. ad Pandect. Lib. XXXIII. Tit. 2. §. 4. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. eod. tit. et libr. §. 9. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. I. in fin. pag. 449. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 737. et 738. und Ge. Ludw. Böhmers auserlesene Rechtsfälle. 1. Band. Nr. 33. Qu. 1. und 2.

53) *L. 12. D. de ann. legat.*

Merkwürdig ist hier die Stelle des Scävola, welcher *L. 38. D. de usu et usufr. leg.* sagt: Fundi Aebutiani reditus uxori meae, quoad vivat, dari volo: Quaero an possit tutor heredis fundum vendere, et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefamilias ex locatione fundi redigere consueverat? Respondit, posse. Item quaero, an habitare impune prohiberi possit? Respondit, non esse obstrictum heredem ad habitationem praestandam. Item quaero, an compellendus sit heres reficere praedium? Respondit, si heredis facto minores reditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. Item quaero, quo distat hoc legatum ab usufructu? Respondit, ex his, quae supra responsa essent, intelligi differentiam.

II. Wird der Nießbrauch durch Vertrag gegeben, so führt Paulus [54]) als Beyspiel eines besondern Rechts an, daß der Eigenthümer den Nießbrauch seiner Sache einem Andern gültig concediren könne, wenn er ihn auch selbst nicht hat, sondern ein Dritter noch zur Zeit die Früchte der Sache, als Servitut, zu genießen berechtiget ist. Quod nostrum non est, sagt Paulus, transferemus ad alios: veluti is, qui fundum habet, *quamquam usumfructum non habeat*, tamen usumfructum cedere potest. Offenbar redet hier Paulus von einem solchen Eigenthümer, der den Nießbrauch von seiner Sache nicht hat, sondern blos die Proprietät. Es ist daher ein ganz unrich-

54) *L. 63. D. h. t.* Ueber dieses Fragment hat *Franc. Car.* CONRADI in Diss. ad Iulii Pauli ex libro singulari de iure singulari reliqua. *Lipsiae* 1728. Nr. II. ausführlich commentirt.

unrichtiger Sinn, den Thomasius [55]) dieser Stelle unterschiebt, wenn er sagt: *Dominum, qui una cum proprietate, habet potestatem utendi re sua, quamvis usumfructum, ut servitutem, non habeat; posse tamen ad alterum cedendo transferre servitutem ususfructus.* Dieser Erklärung widersprechen auch die Basiliken [56]), in welchen es heißt: Τὴν γὰρ χρῆσιν τοῦ ἀγροῦ μου, ἣν ἕτερος ἔχει παραχωρεῖν ἄλλῳ δυνάμαι. i. e. *Nam fundi mei usumfructum, quem alius habet, alii cedere possum.* Hätte der Cedent das volle Eigenthum seines Grundstücks gehabt, so wäre unbegreiflich, wie Paulus die Bestellung eines solchen Nießbrauchs habe für ein ius singulare halten können. Das besondere Recht, welches Paulus hier lehren will, besteht also vielmehr darin, daß der Eigenthümer der bloßen Proprietät den usufructus formalis, ehe er noch geendiget, und mit der Proprietät consolidirt worden ist, schon wieder einem Andern cediren kann; zwar freylich nicht für den gegenwärtigen Augenblick, aber doch auf den Fall der künftigen Consolidation [57]). Nimmt man nun noch überdem an, daß Paulus von einer cessio in iure rede, die zu seinen Zeiten nicht nur üblich, sondern auch erforderlich war, um nach dem Civilrecht das dominium ususfructus zu erwerben [58]); erwägt man ferner, mit welchen Feyerlichkeiten

55) ad HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. in Schol.

56) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 1. pag. 260.

57) S. CUJACIUS in Not. poster. ad L. 63. D. h. t. *Greg.* MAJANSII Disputat. iuris civ. Tom. I. Disp. 2. §. 36. GALVANUS de Usufr. Cap. 39. §. 2. pag. 561. und CONRADI Diss. cit. Fragm. II. §. 5. et 6.

58) ULPIAN. *Fragm. Tit. 19. §. 2. et 11.* Man sehe auch S. 66. Not. 80.

eine solche Cession verbunden war [59]): vindicabat enim is, cui cedebatur, addicebat Praetor; so war dies noch ein Grund mehr, den Paulus hatte, diesen Fall als ein Beyspiel eines besondern Rechts in seinem Buche de iure singulari, wie in der Inscription der gedachten Stelle angezeigt wird, aufzuführen. Auf jeden Fall war es indessen eine Abweichung von der Regel: *neminem posse ad alium transferre ius, quod ipse non habet* [60]), und dafür muß diese Verordnung des römischen Rechts auch noch jetzt gelten, wenn gleich, nachdem **Justinian** das ehemalige ius Quiritium aufgehoben hat, durch die bloße Tradition so gut das ius usus fructus begründet wird, als durch die feyerliche cessio in iure [61]). Hieraus erklärt sich nun auch, was **Paulus** an einem andern Orte [62]) sagt, der Nießbrauch könne auch ex die constituirt werden. In einem solchen Falle nimmt das ertheilte Nutzungsrecht nicht eher seinen Anfang, als wenn die Zeit erscheint [63]), und eher kann auch nicht mit Wirkung darauf geklagt werden [64]). Eben dies gilt in dem Falle, wenn der Nießbrauch

59) S. ULP. cit. loc. §. 10. bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 623.

60) *L. 54. D. de Reg. iuris.*

61) *L. 1. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt. L. 9. §. 1. D. usufruct. quemadm. cav.*

62) *L. 4. D. h. t.*

63) *L. un. §. 1. et 3. D. Quando dies usufr.*

64) *L. un. §. 4. D. cit.* Scaevola ait, agentem ante diem usufructus, *nihil facere:* quamvis alias, qui ante diem agit, *male agit.* Der Ausdruck *nihil facere* soll blos darauf deuten, daß die Klage vergeblich angestellt sey, weil dem Kläger noch

brauch bedingt ertheilt ist [65]). Hier zieht der Proprietar die Früchte, bis die Bedingung existirt. Man setze daher, es sey dem A. ein Grundstück ohne den Nießbrauch vermacht, dem B. aber der Nießbrauch, jedoch unter einer bestimmten Bedingung. Wem gehört hier der Nießbrauch pendente conditione? Nicht dem Erben, sondern dem Legatar der Proprietät [66]). An diesen fällt auch der Nießbrauch zurück, wenn die Bedingung gar nicht erfüllt wird.

§. 633.

Rechte des Nießbrauches. 1) In Ansehung des Genusses.

Soviel hiernächst die Rechte der Nutznießung anbetrifft, so können solche theils in Rücksicht des Fruchtgenusses, theils in Ansehung der Disposition betrachtet werden.

noch gar kein Recht an der Sache zusteht; es kann also auch von keinem Verlust eines Rechts die Rede seyn. *Male agere* hingegen sagt man, wenn der Kläger sein Recht vor der Zeit gerichtlich verfolgt, und in die Strafe der Pluspetition verfällt. In jenem Falle muß der Kläger von richterlichen Amtswegen abgewiesen werden, weil ihm noch gar keine Klage zusteht. In dem letztern aber muß er durch eine Exception des Beklagten zurückgewiesen werden. S. *Detlev.* LANGEBEK in Leges aliquot perdifficiles et nond. satis intellectas novae Annotationes. Cap. 17. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 557. sq.) POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. de legatis. P. III. Sect. I. Art. I. Nr. CCLXXIX. not. p. et q. pag. 328. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 984. not. 863.

65) VOET Comm. h. t. §. 5.

66) *L. 4. D. Si usufr. pet.* Fundus detracto usufructu legatus est Titio: et eiusdem fundi ususfructus Sempronio sub conditione,

den. Die Rechte, die dem Usufructuar in Ansehung des Genusses zustehen, bestehen im Wesentlichen darin, daß er die Hauptsache und deren Zubehör gebrauchen, und sich alle daraus erzeugten natürlichen, oder durch dieselbe gewonnenen bürgerlichen Früchte (§. 590.) zueignen kann [67]). Es kommt nichts darauf an, von wem die Früchte gesäet oder gepflanzt worden sind [68]). Daher gehören dem Usufructuar auch die zur Zeit des entstandenen Nießbrauchs noch stehenden oder hängenden Früchte. Der Fall kann bey einem legirten Nießbrauch vorkommen, wenn die Früchte zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht abgesondert waren. An diesen kann der Erbe keinen Anspruch machen, wenn sie gleich beym Tode des Testirers schon reif gewesen wären [69]). **Anton Faber** [70]) geht jedoch offen-

tione, *dixi interim cum proprietate usumfructum esse.* S. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. 4. und WESTPHAL c. l. §. 801. not. 717.

67) *L. 7. pr. et §. 1. L. 9. L. 59. §. 1. et 2. D. h. t.*

68) *L. 25. §. 1. D. de usuris.* Ad fructuarium pertinent fructus a quolibet sati.

69) *L. 27. pr. D. h. t.* Si pendentes fructus iam maturos reliquisset testator, fructuarius eos feret, si deprehendisset. *Nam et stantes fructus ad fructuarium pertinent.* Ohne Zweifel sind hier *fructus stantes* eben diejenigen, welche vorher *pendentes* genennt werden. Ein Ausdruck, der öfters in den Gesetzen vorkommt. S. den 8. Th. § 590. S. 260. Hätte der Erbe die Antretung der Erbschaft absichtlich verzögert, um die Früchte selbst absondern zu können; so muß er sie dennoch dem Usufructuar herausgeben, und ihm überdem allen durch seinen Verzug verursachten Schaden ersetzen. *L. 35. L. 36. §. ult. L. 47. D. h. t. L. 60. pr. D. eodem.* VOET h. t. §. 28. Wegen der Früch-

offenbar zu weit, wenn er dem Legatar auch die zur Zeit des Todes des Erblassers noch vorräthigen, wenn gleich schon von dem nutznießlichen Grundstück abgesonderten Früchte zuspricht.

In Absicht auf die Zubehörungen der nutznießlichen Sache ist zu bemerken, daß der Usufructuar hier fast mehr Rechte hat, als der, welchem das Grundstück selbst vermacht worden ist. Denn letzter erhält weder das Wirthschaftsinventarium, noch den Hausrath, wenn es nicht bey dem Vermächtniß besonders erwähnt worden ist [71]). Wenn hingegen der Nießbrauch von einem Landgute, oder Hause vermacht worden ist, so kann der Usufructuar auch, ohne besondere Erwähnung, die zum Wirthschafts- oder Hausinventarium gehörigen Stücke und Geräthschaften, so wie den Hausrath benutzen [72]). Nur in Ansehung der natürlichen

Früchte, die der Usufructuar beym Anfang des Nießbrauchs schon zur Erndte reif findet, darf er in der Regel nichts vergüten. Im Gegentheil kann zuweilen der Usufructuar Kostenersatz verlangen. Z. B. der Testirer hat seinem Pächter den Nießbrauch des Pachtgutes vermacht. Hier bezahlt der Pächter nicht nur vom Todestage des Erblassers an, keinen Pachtzins mehr, sondern er kann auch wegen der zu dieser Zeit noch stehenden Früchte Ersatz der Kulturkosten verlangen. *L. 34. §. 1. D. h. t.* S. WESTPHAL cit. lib. §. 638. not. 568. pag. 420.

70) Rational. ad L. 27. pr. D. h. t. Man sehe dagegen WESTPHAL c. l. §. 644. not. 573. b.

71) *L. 14. D. de supellect. leg.*

72) *L. 9. §. 7. et L. 15. §. 6. D. b. t.* — Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel domus con-

lichen Accessionen eines Grundstücks machen die Gesetze[73]) einen Unterschied, ob der Zuwachs ein solcher ist, der sich nach

contineri. Zum *Instrumento fundi* gehören nach *L. 8. pr. D. de instructo vel instrum leg.* alle zur Einsammlung, Bearbeitung und Aufbewahrung der Früchte gehörigen Geräthschaften, nebst dem dazu erforderlichen Vieh und Geschirr. *L. 9. L. 12. §. 1. L. 25. pr. D. eod.* Was zu einem Haus-Inventarium gehört, bestimmt *L. 12. §. 16. D. eod.* Davon ist der Hausrath (Supellex) unterschieden. Vid. Tit. *de supellectile legata.* S. VOET h. t. §. 21. und NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 7. Warum es beym legato usufructus anders als beym legato fundi sey, erklärt sich ganz natürlich so. Der Nießbrauch ist nur auf die Lebenszeit des Usufructuars beschränkt. Er kann sich also heut oder morgen endigen. Wie lästig würde es nun nicht für den Nutznießer seyn, wenn er zur Ausübung eines Rechts, welches von so ungewisser Dauer ist, die dazu erforderlichen Geräthschaften erst anschaffen müßte, die doch schon bey dem Gute sind, und von denen doch der Proprietar während der Nutznießungszeit keinen Gebrauch machen kann? Deswegen sagt Ulpian *L. 15. §. 6. cit.* Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem eius conditionem faciat. Bey dem legato fundi verhält sich nun aber freylich die Sache ganz anders. S. WESTPHAL c. l. §. 640. not. 570.

73) *L. 9. §. 4. D. h. t.* Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit tractari: et placuit, alluvionis quoque usumfructum ad fructuarium pertinere. Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit: eius usumfructum ad fructuarium non pertinere, *Pegasus* scribit, licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum, cuius ususfructus ad te non pertineat, quae sententia non est sine ratione. Nam ubi latitet incrementum, et ususfructus augetur, ubi autem apparet, separatum fructuario non accedit. Diesem ist Paulus nicht entgegen, wenn

nach und nach an das Grundstück ansetzt, und mit demselben so verbunden ist, daß er sich von der Hauptsache nicht unterscheiden läßt (*incrementum latens*), oder ob er davon abgesondert und unterschieden ist (*incrementum patens*, s. *apparens*). Nur im ersten Falle hat der Usufructuar die Nutzung von diesem Zuwachs. Z. B. wenn das nutznießliche Grundstück durch Alluvion vergrößert worden ist. In dem letztern Falle hingegen, wenn z. B. eine Insel auf dem Fluße entsteht, welche der Proprietät zuwächst, hat der Usufructuar kein Recht daran. Wenn das zum Nießbrauch vermachte Grundstück gegen andere benachbarte Grundstücke Servituten hat; so kann der Usufructuar auch diese ausüben, und wegen Stöhrung selbst gerichtlich darauf klagen[74]). Ja es ist sogar der Erbe schuldig, wenn der Usufructuar den ihm vermachten Nießbrauch nicht anders, als mittelst einer Servitut, auszuüben im Stande ist, ihm dieselbe einzuräumen[75]). Da bey dem gegebenen Nießbrauch eines Grundstücks sich der Ususfructus auf alle Theile desselben erstreckt, so hat es keinen Zweifel, daß auch die Jagd, die Fischerey und der Vogelsang mit darunter

wenn er Lib. III. *Sententiar.* Tit. 6. §. 22. sagt: *Accessio alluvionum ad fructuarium fundum, quia fructus fundi non est, non pertinet.* Denn Paulus redet hier von der Proprietät, nicht von der Benutzung der Accession. S. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 6. in fin. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. V. cap. 7. Tom. II. pag. 24. *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. V. cap. 18. und *Henr. Th.* PAGENSTECHER Iur. Pegasian. pag. 29.

74) *L. 1. pr. D. Si usufr. pet.* *Ger.* NOODT Lib. I. cap. 6. pr.

75) *L. 1. §. 2. 3, et 4. D. Si usufr. pet.*

unter begriffen sey, so weit sie nämlich zu dem Ertrag des Gutes gehören, und als fructus betrachtet werden können. Hierher gehört, wenn Ulpian [76]) sagt: Aucupiorum quoque et venationum reditum, CASSIUS ait *lib.* 8. *Iuris civilis*, ad fructuarium pertinere. Ergo et piscatorium. Eigentlich gehören die wilden Thiere nicht zu den Früchten des Gutes, sondern es sind res nullius, die nach dem römischen Rechte jedem sowohl auf seinem als fremden Eigenthum einzufangen oder zu erlegen erlaubt ist [77]). Nun kann zwar, wie Tryphonin [78]) sagt, der Usufructuar auf den zum nutznießlichen Gute gehörigen Feldern, Bergen, und in den Wäldern ohne Zweifel jagen. Allein was er fängt, gehört ihm nicht sowohl vermöge des Nutzungsrechts, als vielmehr vermöge der Occupation zu. Daher hat auch der Proprietar, und jeder andere, dem das Jagen nicht verboten ist, das nämliche Recht, welches ihm nicht gehörte, wenn die auf dem nutznießlichen Gute herumschweifenden wilden Thiere als Früchte desselben zu betrachten wären [79]). Allein man setze, der Proprietar hätte vor der Ertheilung des Nießbrauchs die Jagd oder die Fischerey auf dem Gute verpachtet, oder der Usufructuar hätte es selbst gethan, so gehört diese Revenüe dem Usufructuar, und der Proprietar kann, solang der Nießbrauch dauert, den Pachtzins dafür nicht verlangen. Darauf gehen die oben aus Ulpian angeführten Worte: Venationum, piscationum, aucupiorum *reditum* ad fructu-

76) *L. 9. §. 5. D. h. t.*

77) *§. 12. I. de rer. divis.*

78) *L. 62. pr. D. h. t.*

79) S. WESTPHAL cit. libr. §. 656.

fructuarium pertinere, wie sie auch Toullieu [80]) ganz richtig erklärt. Hierauf zielen auch die Worte bey Julian [81]), welcher mit Minicius läugnet, daß die Jagd zu den Früchten des Gutes gehöre, nisi fructus fundi ex venatione constet. Zwar ist hier eigentlich nicht von dem Rechte eines Usufructuars die Rede, denn Julian handelte *libro 6. ex Minicio* von den Früchten, die bey der Reivindication der malae fidei possessor dem Eigenthümer vergüten muß [82]). Allein da auch der m. f. possessor das gefangene oder erlegte Wild nicht restituirt, sondern das Eigenthum davon iure occupationis erwirbt; so kann auch bey der Eigenthumsklage von einer Vergütung der gezogenen Jagdnutzung nur insofern die Rede seyn, als sie in einem reinen Ertrage des Guts besteht [83]). Sind Thiergärten (vivarii), Taubenschläge, oder Fischdeiche auf dem nutznießlichen Gute; so hat zwar der Usufructuar auch davon den Nutzen, allein er muß von jeder Art und Gattung soviel Stück am Ende restituiren, als er beym Anfange seines Nießbrauchs gefunden hat [84]). Im Betreff der

80) *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diss. IV. Cap. 7. p. 204.

81) *L. 26. D. de usuris et fructib.*

82) Es erhellet dieses aus *L. 59. et 60. D. de rei vindicat.* welche aus dem nämlichen *lib. Iuliani sexto ex Minicio* genommen sind.

83) de COCCEJI iure civ. controv. h. t. Qu. 11. hat die *L. 26. D. de usur.* ganz falsch verstanden. Man sehe EMMINGHAUS ad Eundem not. r. Tom. II. pag. 10. sq.

84) *L. 62. §. 1. D. h. t.* Si vivariis inclusae ferae in ea possessione custodiebantur, quando ususfructus coepit, num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? — Sufficit, *eandem*

der Holznutzungen ist ein Unterschied, ob der Nießbrauch nur überhaupt an dem Fundus, bey welchem ein Wald befindlich ist, oder ob namentlich der Nießbrauch von

dem numerum per singula quoque genera ferarum finito usufructu domino proprietatis adsignare, qui fuit coepti ususfructus tempore. Der römische Jurist hat hier die aufgeworfene Frage nur implicite beantwortet. Man sieht aus den letztern Worten, daß seine Meinung dahin geht, nach dem strengen Recht gehöre das Eigenthum dieser Thiere zwar dem Proprietar, allein in sofern sich anders kein Gebrauch davon machen läßt, als durch Consumtion derselben, so kann er das Vivarium auch dazu benutzen, wenn er nur die aufgezehrten durch soviel andere Stück ersetzt, als er gefunden hat. Die Glosse erklärt das *exercere feras* durch ludere cum feris. Eben so *Ant. Dad.* ALTESERRA ad Tryphonini lib. 7. Disputat. L. 62. cit. wo er sagt: *Feras exercere* est *eas duntaxat agitare delectationis causa.* Allein daß diese Erklärung ganz falsch sey, hat *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 7. ganz deutlich gezeigt. Jedoch behauptet Noodt, der Usufructuar dürfe keine Thiere aus dem vivario tödten, sondern er könne sie nur ad reditum et quaestum gebrauchen, weil das Eigenthum dem Proprietar gehöre. *L. 3. §. 14. D. de acquir. vel amitt. possess.* Nur dann, wenn der Usufructuar selbst Thiere eingefangen, und sie darzu gethan hat, könne er, wenn sie nachher nicht mehr von denen des Proprietars unterschieden werden könnten, das eine, wie das andere tödten. Für diese Erklärung spricht zwar der von Tryphonin angeführte Grund: *ne per singula animalia facultatis fructuarii propter discretionem difficilem ius incertum sit.* Allein daß außerdem der Usufructuar auch Thiere aus dem Vivario tödten kann, wenn sie durch andere von gleicher Art ersetzt werden können, und der Nutzen derselben blos in deren Consumtion besteht, ist dem Geist des Gesetzes nicht entgegen, wie auch WESTPHAL c. l. §. 658. not. 583. und VOET in Comm. h. t. §. 23. bemerkt haben.

von einem Walde oder Forst ist eingeräumt worden. In jenem Falle darf der Usufructuar aus dem Forste nur so viel Holz schlagen, als er zum Nutzen des Grundstücks nothwendig braucht. Allein es ist ihm nicht erlaubt, Holz aus dem Forst zu verkaufen, oder auch zu verbrennen, in sofern es zum Bau, oder andern Bedürfnissen des Grundstücks gebraucht werden kann. In dem letztern Falle hingegen ist ihm der ordentliche Holzschlag zuständig, so wie ihn jeder guter Wirth forstmäßig benutzt. Der Usufructuar darf daher sowohl zum Verbrennen als zum Verkauf Holz fällen, wenn gleich der Testirer, welcher den Nießbrauch vermacht hat, kein Holz zu verkaufen pflegte. Hierher gehört die merkwürdige Stelle aus Ulpian *L.* 9. §. 7. *D. h. t.* wo es heißt: Instrumenti autem fructum habere debet: vendendi tamen facultatem non habet. Nam etsi fundi ususfructus fuerit legatus, et sit ager [85]), unde palo in fundum, cuius ususfructus legatus est, solebat paterfamilias uti, vel salice vel arundine, *puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat:* nisi forte salicti (Weidenplatz) ei, vel sylvae palaris (schlagbarer Wald), vel arundineti (Schilfrohrbruch) ususfructus sit legatus. Nam et TREBATIUS scribit, *sylvam caeduam, et arundinetum posse fructuarium caedere, et vendere, licet paterfamilias non solebat vendere, sed ipse uti.* Ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi. Es ist indessen auch selbst bey dem Nießbrauch einer Waldung ein grosser Unterschied, ob sie zum Holzschlag bestimmt ist, oder

85) *Ager* heißt hier ein solcher Platz, der mit Bäumen bepflanzt oder mit Schilfrohr bewachsen ist. *L. 9. §. 6. L. 18. D. h. t.* S. ISIDORUS *Origin.* Lib. XV. cap. 13.

oder nicht. Nur in dem ersten Falle, wenn die Holzung eine *sylva caedua* ist, darf der Usufructuar dieselbe ordentlich behauen, und das Holz verbrennen, oder zu Weinpfählen, Hopfenstangen, und andern Wirthschaftsbedürfnissen anwenden, auch was er nicht selbst braucht, an andere verkaufen [86]). Ist aber der Wald keine sylva caedua, so ist er etweder *palaris* oder *pascua*. In jenem Falle darf der Usufructuar nur das zu Zaun- und Weinpfählen oder Hopfen- und Bohnenstangen in seiner Wirthschaft nöthige Holz schlagen, und zwar nur nachwachsendes Holz, aber keine grossen Bäume darf er dazu nehmen [87]). In dem letztern Falle aber kann er gar kein Holz schlagen, sondern darf nur den Wald zur Viehweide nutzen [88]). Windbrüche und Fallholz kann sich der Usufructuar, der die Holznutzung hat, nur in so weit zueignen, als er diese Bäume selbst hätte umhauen dürfen, wenn sie nicht vom Winde

86) *L. 10. D. h. t.* Ex sylva caedua pedamenta et ramos ex arbore usufructuarium sumturum. *L. 30. D. de Verb. Signif.* Sylva caedua est, quae in hoc habetur, ut caederetur. *Servius* eam esse, quae succisa, rursus ex stirpibus, ac radicibus renascitur. In den *Basilic.* Tom. II. Lib. XVI. Tit. 1. pag. 247. heißt es: Sylva, quae in hoc habetur, ut ligna inde comburantur, (καυσίμη).

87) *L. 10. cit.* Ex non caedua in vineam sumturum, dum ne fundum deteriorem faciat. *L. 11. D. eodem.* Sed si grandes arbores essent, non posse eas caedere. SYLVA PALARIS ist also, wie *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 26. nr. 6. sagt, *ex qua pali ac pedamenta ad fulciendas ac sustinendas vites succiduntur.*

88) S. *Iac.* CUJACII Observat. Lib. XXIV. cap. 5.

Winde wären umgerissen worden[89]). Sonst gehören sie dem Proprietar, welcher sie auch in Zeiten wegräumen lassen muß, damit der Nießbrauch nicht dadurch behindert werde[90]).

In Ansehung der Stein- und Metallgruben ist zu bemerken, daß der Nutznießer nicht nur diejenigen, welche er auf dem fundo fructuario bereits eröfnet findet, ferner zu seinem Vortheil bearbeiten, und sich die Ausbeute, auch der Substanz nach, zueignen kann[91]), sondern er darf auch neue Gruben eröfnen, sofern durch Anlegung der-

89) *L. 12. pr. D. h. t.* Arboribus evulsis, vel vi ventorum dejectis, usque ad usum suum, et villae posse usufructuarium ferre, *Labeo* ait: nec materia (Holz, was zum Bauen gebraucht werden kann) pro ligno (Brennholz) usurum, si habeat, unde utatur ligno. Quam sententiam puto veram: alioquin, et si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius. Materiam tamen ipsam succidere, quantum ad villae refectionem, putat posse. Der Usufructuar kann also die Windbrüche nur zu seinem und des Landgutes Gebrauch, oder des letztern Reparatur benutzen. Ausser diesem Bedürfniß gehören sie dem Proprietar, wie auch aus *L. 7. §. 12. D. Soluto matrim.* erhellet, wo es heißt: Sed et si vi tempestatis ceciderunt arbores, dici oportet, pretium earum restituendum mulieri, *nec in fructum cedere.* S. VOET h. t. §. 22. und WESTPHAL §. 652.

90) *L. 19. §. 1. D. eod.* Si arbores vento dejectas dominus non tollat, per quod incommodior sit ususfructus, vel iter, suis actionibus usufructuario cum eo experiundum. WESTPHAL §. 653.

91) *L. 7. §. 13. et 14. D. Soluto matr. L. 9. §. 2. et 3. D. de usufr. de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 12.

derselben das Grundstück nicht verschlimmert wird [92]). Ob er sich aber auch hier das Mineral selbst der Substanz nach zueignen könne, oder nur die Zinsen des Werths oder der Ausbeute zu genießen habe, ist streitig. Viele [93]) unterscheiden, ob das Mineral nachwächst, oder nicht, und sprechen dem Nutznießer im ersten Fall die Ausbeute selbst, in den letztern aber nur die Zinsen davon zu. Andere [94]) hingegen nehmen diesen Unterschied nur bey Steingruben an, bey Metallgruben hingegen gehöre die Ausbeute ohne Unterschied dem Usufructuar. Nach andere [95]) unterscheiden gar nicht, sondern rechnen das gewonnene Mineral schlechthin zu den Früchten; und deren Meinung verdient allerdings nach dem gemeinen Rechte [96]) den Vorzug, weil die Gesetze keinen Unterschied machen [97]), und über-dem

92) *L. 13. §. 5. D. h. t.* — Proinde venas quoque lapidicinarum, et huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo et auri et argenti et sulphuris, et aeris et ferri, et caeterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Siehe oben §. 620. S. 10. ff.

93) VOET h. t. §. 24. WESTPHAL §. 659. MALBLANC Dig. h. t. §. 423.

94) de COCCEJI c. l. Tom. II. pag. 12.

95) EISENHART de regali metallifodinarum iure Cap. IV. §. 17. NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 6. LEYSER ad Pandect. Specim. CVI. medit. 6. Vol. 2. pag. 427. HAHN ad *Wesenbec.* h. t. nr. V. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XII. Th. 15.

96) In Sachsen ist es anders. S. de BERGER Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 6.

97) *L. 7. §. 14. D. Soluto matrim.* Si cretifodinae, argentifodinae, vel auri vel cuius alterius materiae sint, vel arenae, utique in fructu habebuntur.

dem nach der Bemerkung unserer Naturforscher alles Mineral nachwächst [98]). Ich bemerke noch, daß auch diejenigen Einkünfte, welche der Proprietar wegen des zur Nutznießung eingeräumten Gutes, an Zinsen, Canon, Laudemien, und andern Gefällen zu beziehen pflegte, so wie nicht minder heut zu Tage die Einkünfte der bey dem Gute befindlichen Gerichtsbarkeit dem Usufructuar gehören [99]).

Dahingegen kann der Usufructuar keinen Gewinn verlangen, welcher der Sache zuwächst (accessio), und keine Frucht ist. Er erhält folglich nicht den Schatz, den er auf dem nutznießlichen Gute findet [100]). Ulpian [1]) sagt ausdrücklich: si thesaurus fuerit inventus, *in fructum non computabitur*. Zwar gehört ihm als Finder die Hälfte davon, allein die andere Hälfte ist er dem Proprietar her-

aus-

98) Man vergleiche Löhneiß vom Bergwerk. 1. Th. S. 18. ff. *Io. Ge.* HOFFMANN Disp. de matricibus metallorum. Cap. I. §. 14. sq. et Cap. II. Lorenz Crell chemische Annalen. 1. Band S. 264. und besonders Fr. W. H. von Trebra Erfahrungen vom Innern der Gebirge. (Dessau u. Leipzig 1785.) 3. Brief. Ueberdem noch unter den Juristen *Abrah.* KAESTNER Diss. de usufructu partium metallicarum. *Lipsiae* 1744. §. 10. et 11. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. cit. loc. not. t. pag. 12.

99) VOET h. t. §. 27. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1117.

100) S. GALVANUS de Usufr. Cap. 30. §. 8. pag. 382. edit. *Tubing.* de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13 *Ge. Steph.* WIESAND Opuscul. iurid. (*Lipsiae* 1782. 8.) Specim. I. Obs. 3. pag. 5. sqq.

1) *L. 7. §. 14. D. Soluto matrim.*

auszugeben schuldig, eben so als wenn der Schatz auf jedem andern fremden Grunde wäre gefunden worden. *Pars eius dimidia restituetur*, sagt Ulpian, *quasi in alieno inventi.* Als Fructuar hat hier also der Finder gar keinen Antheil an dem gefundenen Schatze.

Bey den Römern war der Fall nicht ungewöhnlich, daß der Nießbrauch von einem Sklaven Jemandem durch Vertrag oder letzten Willen gegeben wurde, weil man die Sklaven zu den Sachen zählte, und sie in Absicht auf den Verkehr, den man mit ihnen trieb, dem Viehe gleichachtete [2]). Wenn nun die res usufructuaria eine Sklavin war, und diese während der Nutznießungszeit ein Kind gebar, so erstreckte sich das Recht des Usufructuars nicht auf diesen Partus. Unter den ältern römischen Rechtsgelehrten war zwar die Frage, ob nicht der Nutznießer sich das Sklavenkind als fructus zueignen könne, streitig. P. Scävola und M. Manilius behaupteten dieses wirklich, wie uns Cicero [3]) erzählt. Allein schon M. Brutus wich von dieser Meinung ab, und sprach das Sklavenkind dem Proprietar zu. Diese Meinung ward auch nach der Bemerkung Ulpians [4]) in den Gerichten angenommen,

2) *L. 2. §. 2. D. ad Leg. Aquil. L. 38. §. 2. et sqq. D. de aedilit. Edicto.*

3) *De finib. bonor. et malor.* Lib. I. cap. 4.

4) *L. 68. pr. D. h. t.* Vetus fuit quaestio, *an partus ad fructuarium pertineret?* Sed BRUTI sententia obtinuit, fructuarium in eo locum non habere. Neque enim in fructu hominis homo esse potest. Hac ratione nec usumfructum in eo fructuarius habebit.

men, und von Justinian [5]) bestätiget. Nach der Natur der Sache hätte zwar freylich das Sklavenkind dem Usufructuar eben so gut gehört, als die Jungen eines nützlichen Thiers [6]). In dieser Hinsicht hatten gewiß Scävola und Manilius sehr consequent geurtheilt, deren Meinung auch von dieser Seite Georg D'Arnaud [7]) vertheidiget. Allein juristisch hatten sie Unrecht, das heißt, zu Folge gesetzlicher Verfügungen durfte dennoch das Sklavenkind nicht nach den Grundsätzen von fructus beurtheilt werden [8]). So ist Justinian zu verstehen, wenn er sagt: In pecudum fructu etiam foetus est, sicuti lac, pilus, et lana. Itaque agni, hoedi et vituli, et equli, et suculi statim naturali iure dominii fructuarii sunt. *Partus vero ancillae in fructu non est*; itaque ad dominum proprietatis pertinet, wie auch Konopak [9]) ganz richtig bemerkt. Die ganze Stelle ist, so wie sie lautet, aus Cajus entlehnt, und steht auch wörtlich *L.* 28. *D. de usuris et fruct.* [10]). Der Grund, wel-

5) *§. 37. I. de rer. divis.*

6) Oft werden auch wirklich fructus und partus ancillarum in eine Classe gesetzt. *L. 39. §. 1. L. 91. §. ult. D. de legat. I. L. 24. §. 1. D. ad Leg. Falcid.*

7) Vitae Scaevolar. Dissertat. postuma, edita, adjectis observationib. a *Henr. Io.* ARNTZENIO. (*Trajecti ad Rhen.* 1767. 8.) §. 18. pag. 50.

8) Man sehe des 8. Theils 1. Abschn. §. 590. S. 255. wo der Begriff von fructus aus dem römischen Recht erklärt ist.

9) Institutionen des Röm. Rechts §. 283. Not. l. S. 203.

10) Diesem ist nicht entgegen, wenn Celsus sagt *L. 63. D. de legat. I.* Si ancillas omnes, et quod ex his natum erit, testator

welcher in beyden Stellen fast gleichlautend angeführt wird: *Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*, leuchtet zwar nicht allen ein, und ist daher von mehreren Rechtsgelehrten [11]) verworfen worden; welche vielmehr den Grund darin setzen wollen, weil man eine Sklavin nicht zum Kindergebähren, sondern zur Arbeit anzuschaffen pflege; obgleich auch dieser Grund vielen nicht gefällt, und von Janus a Costa [12]) eine ratio nive gallica frigidior genennt wird. Daher Cornelius van Bynkershoek [13]) einen andern Grund anführt, nämlich den, daß ein Sklavenkind gar nicht die Eigenschaft eines fructus habe, welche darin besteht, daß man die Frucht consumiren kann. Dem

tor legaverit, una mortua SERVIUS partum eius negat deberi, quia accessionis loco legatus sit, quod falsum puto, et nec verbis, nec voluntati defuncti accommodata haec sententia est. Celsus läugnet keinesweges, daß Sklavenkinder, als eine Accessio, dem Eigenthumsherrn gehörten. Er tadelt nur den Servius, daß er davon eine unrichtige Anwendung in einem Falle gemacht habe, wo die Sklavin und ihre Leibesfrucht als zwey Hauptsachen vermacht worden, von denen also die eine, wenn sie auch gleich sonst nur accessio ist, doch dem Willen des Erblassers gemäß, immer noch als Hauptsache gefordert werden konnte. S. *Christ. Gottl.* GMELIN Diss. de diversis partus ancillae et fetus pecoris iuribus, *Tub.* 1778. §. 3.

11) S. VINNIUS in Comm. ad §. 37. I. de rer. divis. nr. 1. DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 25. et Lib. X. cap. 8. *Greg.* MAJANSIUS ad triginta ICtorum fragmenta Tom. I. pag. 130.

12) Commentar. ad §. 37. Instit. cit.

13) Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 7. (Tom. II. pag. 23. edit. *Heineccian.*)

Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist wenigstens nicht zu läugnen, daß der von Justinian aus dem Cajus entlehnte Grund ursprünglich von den Stoikern herrührt, deren Lehrsätzen die römischen Juristen sehr ergeben waren, wie Galvanus [14]), Merillius [15]) und Walch [16]) mit vieler Gelehrsamkeit gezeigt haben. Der Grund beweißt übrigens, daß Everhard Otto [17]) Unrecht hat, wenn er behauptet, daß der partus ancillae nur nicht in Ansehung des Usufructuars, wohl aber in Ansehung eines bonae fidei possessoris als ein fructus angesehen werden könne, welchen Gmelin [18]) gründlich widerlegt hat.

§. 634.

Rechte des Usufructuars in Absicht auf bürgerliche Früchte. Cession des Usufructs.

Der Usufructuar zieht also alle Früchte der Sache, und kann sich insonderheit auch die durch die Sache gewonnenen bürgerlichen Früchte (§. 590.) zueignen. Er kann daher

1) die nutznießliche Sache verpachten oder vermiethen, und den jährlichen Pachtzins oder Miethgeld dafür erheben, sofern nämlich die Sache so beschaffen ist, daß sie jeder ordentliche Mensch unter diesen Umständen verpachtet

14) De Usufructu. Cap. 26. §. 3. pag. 356. edit. *Tubing.*

15) Observation. Lib. I. cap. 12.

16) Ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris Lib. I. §. 139. pag. 239. sqq.

17) Commentar. ad §. 37. I. de rer. divis.

18) Diss. cit. de div. partus ancillae et fetus pecor. iurib. §. 3. 4. et sqq.

pachtet oder vermiethet hätte; gesetzt auch, daß der Erblasser, welcher den Nießbrauch vermacht hat, sie nie zu verpachten oder zu vermiethen pflegte. Es muß auch der Nutznießer dahin sehen, daß durch die Vermiethung weder die nutznießliche Sache Schaden leide, noch der Wohlstand dadurch verletzt, und der gute Name des Proprietars dadurch beschimpft werde. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 12. §. 2. D. h. t. Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel *locare* potest.

L. 27. §. 1. *D. h. t.* Si dominus solitus fuit tabernis ad mercedes suas uti, vel ad negotiationem, utique permittetur fructuario locare eas et ad alias merces; et illud solum observandum, ne vel abutatur usufructuarius, vel contumeliose iniurioseve utatur usufructu.

Die letztern Worte dieser Stelle zielen darauf, daß der Usufructuar das ihm zur Nutznießung eingeräumte Haus weder selbst zum Bordel mache, noch zu einem solchen Zweck vermiethe.

L. 15. § 4. et 5. *D. h. t.* Et si vestimentorum usufructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur, *nec tamen locaturum: quia vir bonus ita non uteretur.* (Hier ist der Kleiderniesßbrauch für einen wahren Nießbrauch erklärt, und verordnet, daß zwar der Usufructuar die Kleider ordnungsmäßig gebrauchen, aber nicht vermiethen dürfe, weil kein guter Wirth seine Kleider

der zu vermiethen pflegt [19]). Bey Masken und theatralischen oder Trauerkleidern ist es anders. Proinde, sagt §. 5. et si *scenicae* vestis ususfructus legetur vel alterius apparatus: alibi, quam in scena, non utetur. Sed an et locare possit, videndum est? *et puto locaturum*: et licet testator commodare, non locare fuerit solitus, *tamen ipsum fructuarium locaturum, tam scenicam, quam funebrem vestem.*

Auch sogar an den Proprietar selbst kann der fundus fructuarius verpachtet werden, welcher nun den Nießbrauch auf den Namen des Usufructuars ausübt, und, wie ein anderer Pächter, das Pachtgeld zahlt [20]).

Sollte das nutznießliche Gut zur Zeit des entstandenen Nutznießungsrechts verpachtet seyn, so gehören dem Usufructuar auch die laufenden Pachtgelder, wenn selbige nicht ausdrücklich dem Eigenthümer vorbehalten sind. Es hebt jedoch das Nutzungsrecht, eben so wie der Kauf, sofern nicht ein Anderes ist festgesetzt worden, die Pachtung auf, wie folgende Stelle beweist.

L. 59. §. 1. *D. h. t.* Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet: *pensiones quoque iam antea locatorum agrorum*, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exemplum venditionis [21]), nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere.

19) S. WESTPHAL c. l. §. 710. not. a.

20) *L.* 29. *pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.*

21) *L.* 9. *Cod. de locato.* S. WESTPHAL c. l. §. 645. not. 573.

2) Der Usufructuar kann ferner, als solcher, wenn ihm ein Grundstück, z. B. ein Haus, zur Nutznießung vermacht worden ist, und der Nachbar ein baufälliges Haus besitzt, aus dessen Einsturz für das nutznießliche Gebäude ein Schade zu besorgen ist; nicht nur wegen Ersetzung desselben die cautio damni infecti, und bey deren Verweigerung eine Einweisung in den Besitz des nachbarlichen Hauses fordern; sondern es bleibt auch das durch die prätorische Mission erworbene Eigenthum, eben so wie das an andern percipirten Früchten, fortdauernd und unwiderruflich, wenn gleich der Nießbrauch nachher sich endiget. Hierher gehört *L.* 7. §. 1. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: Rei soli, utputa aedium, usufructu legato, quicunque reditus est, ad usufructuarium pertinet, quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis, et caeteris, quaecunque aedium sunt. *Unde etiam mitti eum in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit*, et *iure dominii* possessurum eas aedes, si perseveretur non caveri, *nec quidquam amittere finito usufructu*, oder wie es in den Basiliken[22]) heißt: Καὶ οὐκ ἀπόλλει τὴν δεσποτείαν φθειρομένης τῆς χρήσεως, i. e. nec dominium amittit, exstincto usufructu.

3) Der Usufructuar kann auch den usumfructum verpfänden, und sich dadurch Credit verschaffen. In dieser Hinsicht wird die Verpfändung der Sache zu den fructibus gerechnet[23]). Es ist auch dazu nicht einmal die Einwilligung des Proprietars erforderlich. Es gilt denn aber frey-

22) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 1. pag. 246.

23) *L.* 72. *D. de div. reg. iuris.* Fructus rei est vel pignori dare licere.

freylich die Verpfändung länger nicht, als so lang das Recht des Usufructuars dauert; der Gläubiger kann auch nur aus den Früchten seine Befriedigung erhalten [24]. Endlich

4) kann auch der Usufructuar die Ausübung seines Nießbrauchs einem Andern durch Kauf, Schenkung oder precario überlassen [25]. Das Recht selbst aber kann er Niemandem, als dem Proprietar, cediren [26]. Denn das Recht der Nutznießung ist an seine Person gebunden, und folglich unveräußerlich [27]. Es hat daher die Veräußerung des Nießbrauchs durch Verkauf oder Schenkung im Wesentlichen keine andere Wirkung, als eine bloße Verpachtung. Denn es entsteht daraus ein blos persönliches Recht gegen den Usufructuar, und nur die Form dieser obligatio ist verschieden [28]. Die Folge dieses Satzes ist, daß, wenn auch der Besitz der Sache auf den Käufer oder Donatar übertragen wird, dennoch das Recht des ususfructus ungeändert bey dem Usufructuar verbleibt [29], und wenn das Recht des Nutznießers aufhört, der ususfructus an den Proprietar zurückkehrt, als wenn kein Kauf noch Schenkung geschehen wäre. Eben deswegen, weil aus einer

24) *L. 11. §. 2. D. de pignorib.* S. Westphals Pfandrecht §. 140.

25) *§. 1. I. de usu et habitat. L. 12. §. 2. D. de usufr. L. 8. §. 2. D. de peric. et commod. rei vendit. L. 13. C. de usufr.*

26) *§. 3. I. h. t.*

27) *L. 3. §. 3. D. Quib. mod. ususfr. amitt. L. 4. D. de novat.*

28) von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 44.

29) *L. 38. 39. et 40. D. h. t. L. 66. D. de iure dot.*

einer solchen Ueberlassung der Nutznießung an Andere dem Proprietar kein Nachtheil erwächst, kann sie sogar gegen den Willen des Proprietars geschehen. Julian sagt ausdrücklich *L. 67. D. h. t.* Cui usus fructus legatus est, etiam *invito herede* eum extraneo vendere potest. Nur sein dingliches Recht kann er keinem andern, als dem Proprietar durch Cession abtreten, sonst ist die Abtretung ungültig. Hierher gehört die so sehr bestrittene Stelle der Institutionen. §. 3. *de usufructu*, wo Justinian sagt: Item finitur usus fructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (*nam cedendo extraneo nihil agitur*). Man ist hier über die Erklärung der letztern Worte nicht einig. Johann van de Water [30]) glaubt nicht, daß sie den Sinn haben, als ob die einem Andern, als dem Proprietar, geschehene Cession des Nutznießungsrechts, ganz ohne Wirkung sey. Denn Justinian gehe in der angeführten Stelle nur die verschiedenen Arten an, wie der Nießbrauch aufhört, und gedenke zuletzt auch der Consolidation; diese geschehe, wenn der Nutznießer sein Recht dem Proprietar cedirt, keinesweges aber finde eine solche Consolidation Statt, wenn der Nießbrauch einem extraneus, d. i. einem solchen, der nicht der Proprietar ist, cedirt wird. Dies sey der Sinn der Worte: *nam cedendo extraneo nihil agitur*, i. e. nulla potest hic locum habere consolidatio. Diese Worte hätten also blos ihre Beziehung auf den Proprietar. Auf Seiten des extraneus sey die Cession nicht ohne Wirkung. Dieser könne allerdings ein Recht aus der ihm geschehenen Cession erlangen, denn Justinian sage ja selbst an einem andern Orte

30) Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 11.

Orte seiner Institutionen §. 1. *I. de usu et habitat.* der Usufructuar könne *ius, quod habet*, alii aut locare, aut *vendere*, aut gratis concedere. Nun sey die Cession vom Kauf nicht mehr unterschieden, nachdem Justinian den Unterschied zwischen dem dominio quiritario und bonitario aufgehoben hat. Ja daß selbst nach dem ältern Rechte der Usufructuar sein Recht einem extraneo habe cediren können, beweise eine Stelle aus Ulpians Fragmenten unwidersprechlich, in welcher *Tit.* 19. *Fragment.* §. 10. und 11. gesagt werde: In iure cedit dominus; vindicat is, cui ceditur; addicit Praetor. *In iure cedi res etiam incorporales possunt*, veluti *usus fructus*, et hereditas, et tutela legitima, et libertas. Allein, daß aller dieser Gründe ungeachtet, diese Erklärung dennoch offenbar unrichtig sey, läßt sich sehr leicht darthun. Theophilus, welcher, als Mitarbeiter am Text der Institutionen, gewiß auch der beste Ausleger derselben ist, erklärt das *nihil agere* in seiner griechischen Paraphrase *ad* §. 3. *I. de usufr.* ausdrücklich so, daß die Cession ungültig sey. Er sagt: Ἐξωτικῷ γὰρ παραχωρῶν οὐδὲν πράττει; ἀλλὰ ἀνενέργητός ἐστιν ἡ παραχώρησις. i. e. *Namque extraneo cedens nihil agit, sed inefficax est cessio.* Es ist aber auch aus andern Stellen unserer Gesetze hinlänglich bekannt, daß die Redensart: *nihil agere* immer die Nichtigkeit und Unwirksamkeit eines Geschäfts ausdrucke [31]). Insonderheit aber überzeugt uns hiervon Pomponius in der *L.* 66. *D. de iure dot.* wo er sagt: Si usufructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a do-

31) §. 2. *I. de auctor. tutor.* *L.* 25. §. 4. *D. de usufr.* Noch mehrere Stellen führt BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Nihil* an.

a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri; quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, *et si extraneo cedatur*, id est, *qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.* Schon hieraus erhellet, daß es ganz falsch sey, wenn van de Water behauptet, daß zwischen Cession und Vendition des Nießbrauchs kein Unterschied sey. Denn welcher auffallende Widerspruch wäre es, wenn Justinian der Cession alle Wirkung abspricht, während er die Vendition des Nießbrauchs für rechtsbeständig erklärt! Es wird also nöthig seyn, den Unterschied zwischen den angeführten beyden Arten der Veräusserung näher anzugeben. Cession wird im Sinn des Civilrechts diejenige Art der Veräusserung genennt, wodurch Jemand sein Recht an einer Sache dergestalt auf einen Andern überträgt, daß es in der Person des Cedenten gänzlich aufhört, und auf den Cessionar mit voller Wirkung übergeht. Sie mußte ehemals auf eine feyerliche Art vor einem Magistrat geschehen, der die legis actio hatte. Der Cessionar vindicirte das ihm abgetretene Recht nicht anders vor Gericht, als ob es ex jure Quiritium sein Eigenthum sey. Der Prätor fragte den Cedenten, an contra vindicet, und wenn dieser es verneinte, oder schwieg, so erkannte er dem Cessionar das Recht als sein Eigenthum zu [32]). Diese Cession war ehemals auch bey Constituirung des Nießbrauchs nöthig, wenn der Usufructuar das dominium usufructus nach dem

32) CAJUS Lib. II. *Institut.* Tit. I. in SCHULTING Iurispr. Antejust. pag. 84.

dem iure Quiritium erwerben wollte [33]). Wenn nun gleich jene Feyerlichkeit im neuern römischen Recht ist aufgehoben worden, so ist doch der oben angegebene Begriff von der Cession unverändert geblieben, und hieraus ist denn zu erklären, warum der Nießbrauch, als ein subjectiv persönliches Recht, keinem extraneo cedirt werden kann, ohne dem Consolidationsrecht des Proprietars zu nahe zu treten. Allein mit dem Verkauf des Nießbrauchs verhält sich die Sache anders. Dieser schließt eine Uebertragung des Eigenthums nicht nothwendig in sich, sondern verpflichtet blos den Verkäufer zur Tradition [34]). Er kann also nach Maasgebung der Gesetze auf eine solche Art geschehen, daß das dem Käufer übertragene Recht doch noch nach der Person des Verkäufers beurtheilt, ja durch den Käufer in der Person des Verkäufers erhalten, und auf den Namen desselben ausgeübt wird. Folgende Gesetzstellen überzeugen uns hiervon lebhaft.

L. 38. *D. h. t.* Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur, nec *nomine eius* alius, puta *qui emit*, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium eius gerit. Plane illud interest, quodsi *vendidero usumfructum*, etiamsi emtor non utatur, *videor usumfructum retinere.*

L. 39. *D. eodem.* Quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.

L. 40.

33) ULPIAN. *Fragm.* Tit. XIX. §. 9. 10. et 11.

34) *L.* 11. §. 2. *D. de act. emti vend.*

L. 40. eod. Quodsi donavero, non alias retineo, nisi ille utatur.

Sonach leuchtet also der Unterschied zwischen Cession und jeder andern Veräußerung des Nießbrauchs helle genug in die Augen, den auch schon Cujaz [35]), Lycklama van Nyholt [36]) und Schifordegher [37]) hinlänglich auseinander gesetzt haben. Der letzte Grund, den van de Water aus Ulpians Fragmenten entlehnt hat, und worauf er am meisten bauet, ist gerade der schwächste. Ich gebe zwar gern zu, daß in dieser Stelle nicht von dem Verlust des Nießbrauchs durch eine an den Proprietar geschehene Cession, sondern von der Erwerbung desselben die Rede sey. Allein schon Anton Schulting [38]) hat richtiger eingesehen, daß Ulpian von der Constitution des Nießbrauchs zu verstehen sey, und keinesweges von einer Alienation desselben an einen extraneus rede. Denn zur Bestellung des Ususfructus wurde ehemals, um das dominium ususfructus zu erwerben, eine cessio in iure erfordert, weil ohne dieselbe der ususfructus nicht nach dem Civilrecht, sondern nur nach dem prätorischen Rechte bestehen konnte [39]).

Ob nun gleich aus den angeführten Gründen die meisten Rechtsgelehrten darin einverstanden sind, daß die Worte *nihil agitur* in der angeführten Stelle der Institutionen

35) *Not. ad §. 1. I. de usu et habitat.*

36) Membranar. Lib. VII. Ecclog. 29. §. 1. Vol. II. p. 336. sq.

37) Ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tract. XII. Qu. 3. pag. 87.

38) Iurisprud. Antejustin. pag. 623. not. 39.

39) *L. 1. pr. D. Quib. mod. ususfr. vel us. amitt. L. 9. §. 1. Du. usufr. quemadmod. caveat.*

tionen von der Ungültigkeit einer solchen Cession zu verstehen sind, wodurch der Usufructuar sein Recht dergestalt einem Andern, der nicht der Proprietar ist, abgetreten hat, daß dieser nun im eignen Namen das Nutznießungsrecht ausüben soll, und solches in der Person des vorigen Usufructuars gänzlich aufhört; so sind doch darüber die Ausleger noch verschiedener Meinung, wie weit sich die Nichtigkeit einer solchen Cession erstrecke? Viele 40) glauben, die Cession sey nur insofern ohne Wirkung, daß der extraneus, an den die Abtretung geschehen ist, daraus kein Recht erlange. Dahingegen berechtige die Nichtigkeit der Handlung, die doch immer als eine kategorische Abdication eines zuständigen Rechts gelten müsse, den Proprietar zur Einziehung des Nießbrauchs, dessen sich überdem der Usufructuar, auch schon wegen Mißbrauchs seines Rechts, verlustig gemacht habe. Diese suchen ihre Meinung besonders aus der oben angeführten Stelle des Pomponius zu rechtfertigen, welcher *L. 66 D. de iure dot.* sagt: Si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, *sed ad dominum*

40) *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 3. I. de Usufr. *Iac.* CUJACIUS ad Ulpiani Fragm. Tit. 19. §. 11. in SCHULTING Iurispr. Antejust. pag. 623. not. 38. *Em.* MERILLIUS Comm. ad §. 3. I. de Usufr. pag. 150. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. VII. Tit. 4. §. 10. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. VII. Tit. 4. Qu. 3. *Io. Iac.* WISSENBACH Disputat. ad Institut. Disp. XII. §. 17. *Ant.* SCHULTING ad Iul. Pauli Sent. recept. Lib. III. Tit. 6. §. 32. not. 73. in *Iurispr. Antejustin.* pag. 363. *Henr.* BRENKMAN Diatriba de Evrematicis. Cap. XII. §. 9. pag. 259. und *Ge. Steph.* WIESAND Diss. de cessione usufructus extraneo facta. *Lipsiae* 1766. §. 5. et 6.

num proprietatis reversurum usumfructum. Andere [41]) hingegen läugnen, daß die Worte *nihil agitur* eine solche Erklärung zulließen. Der Sinn derselben, sagen sie, könne kein anderer seyn, als daß die an den extraneus geschehene Cession für nicht geschehen zu halten sey. Es könne also weder ein Recht auf den Cessionar übergehen, noch der Proprietar daraus einiges Recht erhalten, sondern der Usufructuar werde seinen Nießbrauch behalten, eben so, als ob er ihn gar nicht cedirt hätte. Pomponius sage auch nicht das Gegentheil, sondern nur soviel, der Nießbrauch werde dereinst, nämlich wenn eine gesetzliche Ursach, wodurch derselbe geendiget wird, eintritt, an den Proprietar wieder zurückfallen (*reversurum*), als wenn gar keine Cession geschehen wäre. Daß also der Nießbrauch der geschehenen Cession wegen verlohren gehe, sage er mit keinem Worte. So wenig nun auch diese Erklärung der *L. 66. D. de iure dot.* Beyfall verdient, wenn man erwägt, daß zu Folge derselben der Rath, den Pomponius

41) GALVANUS de Usufructu Cap. XXXVIII. §. 12. *Franc.* HOTOMAN, *Franc.* BALDUINUS, *Ian. a* COSTA und *Ev.* OTTO in Commentar. ad §. 3. I. de Usufr. *Hub.* GIPHANII Antinomiar. iuris civ. s. Disputat. ad Institut. Lib. II. Disp. X. nr. 33. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. VII. Tit. 4. §. 3. *de* CASTILLO de Usufr. Cap. LXIX. nr. 20. sqq. *Greg.* MAJANSIUS Commentar. ad XXX. ICtor. fragmenta Tom. I. pag. 328. §. 5. sqq. *Ulr.* HUBER Digression. Iustinian. P. II. Lib. II. Cap. 18. p. 625. sqq. *Io.* D'AVEZAN Servitutum libr. P. VIII. §. *Certum itaque est* etc. (in MEERMAN *Thes. iur. civ. et canon.* Tom. IV. pag. 205.) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XII. Th. 35. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 159. edit. noviss. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1125. und MALBLANC Princip. iuris Rom. T. II. §. 427.

ponius hier giebt, ganz zwecklos gewesen seyn würde, wenn nur von einem künftigen Rückfall des usus fructus an den Proprietar die Rede gewesen wäre, wie ich nachher noch einleuchtender zeigen werde; so unumstößlich fest steht dagegen die Richtigkeit der Erklärung, welche nach dieser letztern Meinung von dem §. 3. *I. de usufructu* gemacht wird. Ich trage daher kein Bedenken, denen[42]) beyzupflichten, welche behaupten, daß zwar nach der Strenge des ältern Civilrechts, wovon **Pomponius** zu verstehen sey, eine nach dem Recht des damaligen Zeitalters ungültige cessio des usus fructus den Verlust des Rechts zur Folge gehabt habe, nach dem neuern römischen Rechte hingegen, welches in den Institutionen des Kaisers Justinian gelehrt wird, diese Folge aufgehoben, und nur die Cession des Nießbrauchs an einen extraneus in Absicht auf das Recht selbst für ungültig erklärt worden sey. Das Letztere erhellet aus dem Inhalte der oben angeführten Institutionenstelle ganz evident. **Justinian**, welcher daselbst von den verschiedenen Arten handelt, wie der Nießbrauch aufhört, setzt die Cession des Usus fructs, welche dem Proprietar geschehen ist, offenbar derjenigen entgegen, welche an einen Extraneus geschieht. Von der erstern sagt er, daß durch sie der Nießbrauch sich endige, hingegen von der letztern sagt er nur, daß die Cession nichtig sey. So konnte

42) *Ger.* NOODT de usufructu Lib. II. cap. 10. *Franc.* BROEUS Exposition. in Iustiniani Institut. ad §. 3. de usufr. nr. 3. p. 277. *Hen. Th.* PAGENSTECHER Iur. Pegasian. pag. 31. sq. not. b. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 946. et not 833. pag. 665. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Lib. VII. Tit. 4. Qu. 3. not. l. u. THIBAUT Syst. 2. B. §. 622. Not. q. S. 61.

konnte sich Justinian nicht ausdrücken, wenn seine Absicht gewesen wäre, daß auch in dem letztern Falle der Nießbrauch an den Proprietar zurückfallen solle. Eben so deutlich ist aber auch das ältere diesem entgegenstehende Recht aus der L. 66. D. de iure dot. zu erweisen. Daß überhaupt in den Pandecten des Kaisers Justinian viel antiquarisches Recht sich befindet, was nach der Absicht desselben nicht als geltendes Recht, sondern nur der Geschichte wegen in die Pandecten aufgenommen ward, ist schon von Andern [43]) sehr richtig bemerkt worden. Die L. 66. giebt uns davon ein treffendes Beyspiel. **Pomponius**, aus dessen *libro 8. ad Q. Mucium* diese Stelle genommen ist, trägt darin folgenden Fall vor. Ein Dritter hatte für eine Ehefrau dem Ehemann derselben ein Heyrathsgut gegeben, welches in dem Nießbrauche eines ihm gehörigen Grundstücks bestand, sich jedoch den Rückfall nach getrennter Ehe nicht vorbehalten. Die Ehe ward in der Folge durch ein Divortium wieder getrennt. Nun entstand die schwierige Frage, wie es mit der Restitution des Heyrathsgutes zu halten sey? Der Ehemann hatte hier durch die Bestellung des Heyrathsguts blos das Recht einer persönlichen Dienstbarkeit erhalten. Nun kann ein solches Recht zwar dem Proprietar, aber keinem Andern cedirt werden. Gleichwohl hatte sich der Proprietar den Rückfall nach getrennter Ehe nicht vorbehalten. Also mußte nach gemeinem Rechte das Heyrathsgut der Frau resti-

43) S. *Henr.* BRENCMANNI Disp. de Legum inscriptionibus §. 23. (in *Abr.* WIELING *Iurisprud. restituta* Tom. II. p. 169.) und THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 38. S. 165. der zweyten Aufl.

restituirt werden. Allein diese war eine extranea, weil ihr die Proprietät des Grundstücks nicht gehörte. Hätte also der Ehemann den Nießbrauch seiner geschiedenen Frau cediren wollen, so wäre die Handlung nichtig gewesen, und der Nießbrauch, wovon sich der Ehemann durch die Cession einmal feyerlichst losgesagt hatte, an den Proprietar zurückgefallen. Denn zu den Zeiten des Pomponius war noch die feyerliche cessio in iure üblich [44]). Um nun dieser Schwierigkeit abzuhelfen, riethen einige Rechtsgelehrten, deren Rath auch hier Pomponius billiget [45]), der geschiedene Mann solle der Ehefrau den Nießbrauch zum Schein verpachten, oder verkaufen, und dies könne auch nummo uno, d. i. für ein Bagatell geschehen, welches man sonst gar nicht für ein Pachtgeld oder Kaufpreis rechnen kann [46]). Auf solche Art verbleibe das Recht selbst dem Manne, und die Frau genieße blos, so lange jener lebt, die Früchte. Man könnte nun zwar freylich mit Joseph Finestres [47]) gegen diese Cautel noch einwenden,

44) S. *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 19. nr. 7. et 8. (in *Thes. Meermaniano* Tom. VI. pag. 65.)

45) Pomponius drückt sich in der angeführten *L. 66.* darüber so aus: Quidam ergo, remedii loco, *recte* putaverunt introducendum, *ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus*, vel vendat *nummo uno*: *ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.*

46) Die Ausdrücke: *nummus unus, nummus sestertius*, drücken immer in unsern Gesetzen eine unbedeutende Kleinigkeit (res minima) aus. S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iur. Lib. I. cap. 29. nr. 4.

47) In Hermogeniani ICti iuris Epitomar. libros VI. Commentar. pag. 596. sq. §. 6.

daß es eines solchen Scheinpachts oder Scheinverkaufs gar nicht bedurft habe. Denn beydes läuft doch am Ende auf weiter nichts, als auf eine Schenkung hinaus [48]). Dergleichen können aber nach der Ehescheidung unter Ehegatten auf eine gültige Art geschehen. Auch läßt sich der Zweck hierdurch eben so gut erreichen, weil der Nießbrauch von dem Usufructuar einem Extraneus durch Schenkung auf eine solche Art überlassen werden kann, daß das Recht selbst bey dem erstern bleibt, und solches nur durch den Donatar ausgeübt wird [49]). Allein sollte auch die Antwort,

48) *L. 46. D. locati. L. 10. §. ult. D. de acquir. possess. L. ult. D. pro donato. L. 38. D. de contrab. emt. vendit.*

49) *L. 12. §. 2. L. 38. et L. 40. D. b. t.* Nicht alle römischen Juristen scheinen auch wirklich jene Cautel gebilliget zu haben. Marcellus schlägt wenigstens ein anders Mittel vor, wie ohne jene Weitläuftigkeit der zum Heyrathsgut dem Mann bestellte Nießbrauch der geschiedenen Frau zu restituiren sey. Er sagt nämlich *L. 57. D. Soluto matrimon.* Usufructu in dotem dato, si divortium intervenerit, nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, *quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius.* (Dies führt Marcellus aus Julian an, zu dessen Digesten er Noten geschrieben hat. S. MAJANSIUS ad 30. ICtor. fragmenta T. I. pag. 328. §. VII.) Quod an verum sit circa adjectionem heredis, dubito. Interest, quemadmodum sit usufructus in dotem datus. Si, cum haberet mulier fructum, (i. e. usumfructum) viro, cuius erat proprietas fundi, usumfructum cessit: nihil mulier heredi suo relinquet: debebatur enim ei usufructus, qui ad heredem non solet transire. Quodsi fundi sui fructum mulier viro cessit, restitui is a viro debet: cum proprietate enim ad heredem eius transisset, si vir in reddendo eo non fecisset moram. Si vero alienata sit proprie-

wort, wodurch Gregor Majansius [50]) diesem Einwande zu begegnen sucht, wenn er sagt, es könne hier, wo es auf Restitution des Heyrathsgutes ankommt, von keiner Schenkung die Rede seyn, weil diese aus bloßer Freygebigkeit geschieht, dahingegen der Ehemann zu jener rechtlich verbunden ist, nicht jedem einleuchten; obwohl nicht zu läugnen ist, daß in solchen Fällen, wo blos von Erhaltung eines Rechts die Rede war, auch eine sonst imaginäre Handlung ihre volle Wirksamkeit behauptet, und der nummus unus für ein iustum pretium gilt, wie schon Joseph Averanius [51]) ganz richtig bemerkt hat; so beweist doch wenigstens die hier von den römischen Juristen

prietas, aut aliquis fundi sui usumfructum mulieris iussu viro eius dederit in dotem; inspiciendum est primum, quemadmodum mulieri possit restitui. Potest autem vel cautionibus interpositis; ut, sicut potest, vir iure suo cedat mulieri, fruique eam patiatur: (das *sicut potest* geht darauf, daß eine eigentliche Cession des Nutznießungsrechts hier nicht mehr Statt findet, weil die Frau, welche die Proprietät veräußert hat, als eine extranea zu betrachten ist, der Mann kann ihr also nur den Genuß der Früchte durch Cautionsleistung versichern. S. POTHIER Pand. Iustin. Tom. II. Tit. Soluto matrim. Nr. LII. not. a. pag. 67.) vel, si se accommodavit dominus proprietatis, volente eo mulieri constituatur usufructus. Nam aut fructum fundi ille mulieri poterit cedere, aut aliquid videlicet pro eo, ut inter eos actum fuerit, dare. (Dies setzt nämlich voraus, daß der Ehemann zuvörderst den Ususfructus dem Eigenthümer cedirt habe, damit dieser solchen der Frau aufs neue constituiren, oder sie sonst dafür entschädigen könne.)

50) Commentar. ad trig. ICtorum frag. T. I. pag. 328.

51) Interpretation. iuris Lib. I. cap. 29. nr. 1. Man sehe auch diesen Commentar 4. Th. §. 302. S. 182.

erfundene Cautel auf jeden Fall so viel, daß ohne dieselbe durch die Cession des Nießbrauches an einen Extraneus der ususfructus verlohren gegangen, und an den Proprietar zurückgefallen seyn würde, weil sonst die ganze Cautel offenbar zwecklos und unnütz gewesen wäre. Mit Recht sagt daher **Vinnius** [52]): *Hoc responsum non satis pensiculate examinasse videntur, qui negant, ex eo effici, quod nos dicimus, usumfructum statim, ut cessus est extraneo, ad proprietatem redire: sed hoc saltem,* REDITURUM *suo tempore, scilicet morte fructuarii aut aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum est, remedio, quod Iureconsultus suggerit, adhibito. Sed et quod ait, eo demum adhibito, ius ipsum penes maritum remanere, certum argumentum est, eo omisso non remanere. Postremo si non statim post cessionem cum proprietate ususfructus conjungitur, nullum mulieri praeiudicium maritus cedendo faciet, consequeturque mulier id ipsum, quod quaerebatur, et quo nihil amplius desiderare potest, perceptionem fructuum, usque dum morte mariti ususfructus finiatur. Quorsum igitur consilium Iureconsulti? Aut cur negat, in proposito quicquam transire?* Der Einwurf, den **Ulrich Huber** [53]) dagegen macht, daß es gar nicht der Zweck des römischen Juristen gewesen sey, zu lehren, wie und wenn der Nießbrauch sich endige, sondern nur, wie er der Frau, für die er zum Heyrathsgute gegeben worden, zu restituiren sey, ist höchst unbedeutend. Man kann ihm das immerhin zugeben, und dennoch bleibt es unläugbar, daß durch die Cession des Nießbrauchs an einen Extraneus nach den deutlichen Worten des **Pomponius**

52) Commentar. ad §. 3. I. h. t. nr. 4.

53) Digression. Iustinian. Lib. II. cap. 18. §. II. pag. 626.

ponius der usus fructus geendigt, und an den Proprietarii zurückgefallen sey. Verschiedene Rechtsgelehrten[54]) wollen nun zwar behaupten, daß die Worte des Pomponius: *ad dominum proprietatis reversurum usumfructum*, nicht allgemein von jeder Cession des Nießbrauchs an einen Extraneus zu verstehen, sondern nur auf den Fall einzuschränken seyen, von dem Pomponius handle, nämlich wenn der Nießbrauch gerade zum Zweck eines Heyrathsgutes constituirt worden sey, weil dasselbe nach getrennter Ehe restituirt werden müsse. Nach dieser Ansicht soll sich also die *L. 66. D. de iure dot.* zum §. 3. *I. de usufr.* wie Ausnahme zur Regel verhalten. Allein wie wenig diese Meinung der Absicht des Pomponius entspreche, ist nicht schwer zu beweisen. Man darf nur die Worte: *Quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum*, recht ansehen, so wird man sich sogleich überzeugen, daß sie die allgemeine Regel von der Cession des Nießbrauchs enthalten, unter welche Pomponius den Fall subsumirt, von dem er spricht. Was sollte auch für ein Unterschied zwischen dem Usus fructus, welcher zum Heyrathsgut gegeben worden, und einem jeden andern seyn, da in dem einen Falle, wie in dem andern, der Nießbrauch seinem Wesen nach eine persönliche Dienstbarkeit bleibt, welche von der Person des Usufructuars nach dem Pandectenrechte durch

 keine

54) S. *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 20. nr. 6. et 7. (bey MEERMAN Tom. VI. pag. 67.) und *Io. van de* WATER Observation. iur. Rom. Lib. III. Cap. 11. pag. 332.

keine Cession getrennt werden konnte, ohne daß der usus-fructus verlohren gieng. Will man dem Pomponius allein nicht glauben, so wird der Ausspruch eines Paulus vollends überzeugen, welcher es als ganz bekannt annimmt: usumfructum a persona discedere *sine interitu sui* non posse [55]). Auf solche Art wäre also alle Vereinigung der *L.* 66. mit dem §. 3. *I. de usufr.* vergeblich, und es ist lächerlich, wenn Galvanus [56]) sich eingebildet hat, Tribonian habe die Worte: *Quoniam diximus*, absichtlich hinzugefügt, um hiermit auf die Institutionen zu verweisen, und beyde Stellen auf solche Art in Harmonie zu bringen. Denn es ist unerhört, daß je die Institutionen in den Pandecten wären citirt worden, wie auch schon Everhard Otto [57]) sehr gründlich dagegen erinnert hat. In Absicht auf den heutigen Gerichtsgebrauch sind zwar auch die Urtheile der heutigen Practiker verschieden. Nach Hofackers [58]) Zeugniß stimmt die Praxis der richtigen Erklärung des §. 3. *I. de usufr.* bey. Dafür bürgt auch die Auctorität eines Bergers [59]), und seines neuen Editors, des als practischen Civilisten allgemein verehrten Haubolds [60]). Dagegen aber lehren Stryk [61]), Carp-

zov,

55) *L. 15. D. Famil. ercisc.*

56) de Usufr. Cap. XXXVIII. §. 9. pag. 552. edit. *Tubing.*

57) Commentar. ad §. 3. I. de Usufr. in fine.

58) Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1125. not. b.

59) Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 18. not. 2.

60) Ad *Bergerum* cit. loc. not. a. Tom. I. pag. 339.

61) Us. mod. Pand. Lib. VII. Tit. 4. §. 8.

zov[62]), Schilter[63]) und Lauterbach[64]), daß der Gerichtsgebrauch die *L. 66. D. de iure dot.* in dem Sinn angenommen habe, daß die Cession des Nießbrauchs an einen Extraneus das gänzliche Wegfallen desselben zur Folge habe, und empfehlen sogar die dort vorgeschlagene Cautel dem Usufructuar noch jetzt. Allein wie wenig eine solche Praxis noch jetzt, nachdem Justinian[65]) alle jene Simulationen, die das Alterthum, um der Subtilität des strengen Rechts willen, für nöthig hielt, und namentlich auch des nummi unius, für überflüßig erklärt hat, zu rechtfertigen sey, hat schon Jacobus Constantinäus[66]) bemerkt. Wer sollte also nicht vielmehr jenem Gerichtsgebrauche den Vorzug einräumen, der mit der Theorie des Rechts am besten übereinstimmt?

§. 635.

2) Rechte des Usufructuars in Ansehung der Disposition.

Ausser dem vollen Genuß der Früchte ist dem Usufructuar auch, soweit es der Zweck des Nießbrauchs erfordert, eine Disposition über die Substanz der Sache selbst gestattet. Zwar leidet es keinen Zweifel, daß es dem Nutznießer auf keine Weise erlaubt sey, solche Veränderungen mit der Sache vorzunehmen, wodurch dieselbe der-

gestalt

62) Resp. iuris Lib. VI. Tit. 6. Resp. 55. nr. 17. et 18.

63) Prax. iur. Rom. Exerc. XVII. §. 30. not. a.

64) Colleg. th. pract. Pand. Lib. VII. Tit. 4.

65) *L. ult. Cod. de donat.*

66) Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 15. (in *Thes. Otton.* Tom. IV. pag. 599.)

gestalt umgeformt wird, daß sie zu einer ganz andern Art von Sachen übergeht, als zu der sie bisher gehört hat. Er darf daher z. B. ein Grundstück, was blos zum Vergnügen und zur Lustbarkeit bestimmt, und auch nur als ein solches dem Usufructuar zum Gebrauch eingeräumt worden ist (*praedium voluptarium*), nicht um seines Vortheils willen in ein blos nutzbares Grundstück (*praedium fructuosum*) verwandeln, und statt der unfruchtbaren, blos zu Alleen und schattigten gewölbten Spatziergängen bestimmten Bäume, Fruchtbäume anpflanzen, oder andere nutzbare Anlagen machen [67]). Er darf auch kein Gebäude, was blos zu einem Magazin bestimmt und eingerichtet ist, in ein Wohngebäude, noch dieses in eine Mühle, oder Badehaus umändern, sondern muß schlechterdings bey Gebäuden die innere Einrichtung und die Hauptabtheilungen in denselben, nach der Beschaffenheit des Zwecks, wozu sie von dem Eigenthümer einmal bestimmt sind, unverändert lassen, wenn gleich durch eine solche Aenderung eine Erhöhung des Ertrags zu bewirken wäre [68]). Eben so ausgemacht ist es ferner, daß der Nutz-

67) L. 13. §. 4. D. h. t. Et si forte voluptarium (so ist mit Haloander statt *volaptare*, wie es in der Florentine heißt, zu lesen. *L. 39. D. de hered. petit. L. 7. 9. et 10. D. de imp. in res dot. fact.*) fuit praedium, viridaria, vel gestationes vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens; non debebit dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat. Man vergleiche *Christph. Lud.* CRELLII Diss. de usufructu praedii voluptarii. *Vitembergae* 1739.

68) *L. 13. §. 8. D. h. t.* Item si domus ususfructus legatus sit, meritoria illic facere fructuarius non debet: nec per caenacula divi-

Nutznießer nichts vornehmen dürfe, wodurch die Lage des Eigenthümers überhaupt schlechter gemacht würde [69]); es geschehe nun entweder dadurch, daß er etwas nutzbares wegnimmt [70]), oder von der Sache einen andern Gebrauch macht, als wozu sie bestimmt ist [71]). Denn dies wäre ein abusus, wofür der Usufructuar verantwortlich seyn würde. Dahingegen ist es

1) dem

dividere domum: nec balneum ibi faciendum est. Quod autem dicit, meritoria non facturum, accipe, quae vulgo diversoria, vel fullonica appellant. S. WESTPHAL cit. libr. §. 668. not. 593. b.

69) *L. 13. §. 4. D. eod.* Fructuarius causam proprietatis *deteriorem facere non debet:* meliorem facere potest. Et aut fundi est usufructus legatus: et non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, neque quidquam facere *in perniciem proprietatis.*

70) *L. 7. in fin. D. h. t.* — nec utile detrahere posse.

71) *L. 15. §. 1. D. h. t.* Mancipiorum usufructu legato, non debet abuti, sed secundum conditionem eorum uti. Nam si librarium rus mittat, et qualum (d. i. ein geflöchtener Korb oder Butte, dergleichen man beym Weinkeltern gebrauchte, um den Most durchtröpfeln zu lassen. *L. 8. D. de instr. et instrum. leg.* ISIDORUS *Lib. XX. Originum* cap. 14. VIRGILIUS Lib. II. *Georg.* v. 241. S. CUJACIUS Lib. XI. Observat. cap. 36. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. nr. 23. not. e.) et calcem portare cogat; histrionem balneatorem faciat; vel de symphoniaco (musikalischer Sänger) atriensem (Hauswärter S. WESTPHAL pag. 455.); vel de palaestra stercorandis (oder vielmehr *exstercorandis*, i. e. stercore purgandis, wie CUJACIUS Lib. XI. Observation. cap. 36. liest) latrinis praeponat: *abuti videbitur proprietate.*

1) dem Usufructuar erlaubt, zum Behuf seines Nießbrauchs alles nöthige vorzunehmen. Er kann z. B. in dem nutznießlichen Gebäude, wo es zur Erhellung desselben nöthig ist, Fenster anlegen [72]. Kann ferner der Erndte wegen ein Gebäude errichten [73]; und wenn ihm der Nießbrauch von einer area, z. B. zum Dreschen oder zur Bleiche (S. 25.) gegeben worden ist, so kann er zur Verwahrung der auf dem Platz befindlichen Sachen eine Hütte bauen [74]. Es steht ihm auch

2) frey, die Substanz der nutznießlichen Sache zu verbessern, und zwar dadurch, daß er sie schöner oder nützlicher macht [75]. Er darf sie also insoweit auch verändern, nämlich a) wenn erhöhte Einkünfte bey einer, doch schon

zur

72) *L. 13. §. 7. D. h. t.* Sed si aedium usufructus legatus sit, NERVA filius *et lumina immittere eum posse ait.* Ohne Grund spricht *Ger.* NOODT Lib. I. de Usufr. c. 11. dem Usufructuar diese Befugniß ab, indem er lumina immittere durch *reficere* oder *tueri* erklärt. Allein diese Erklärung streitet ganz gegen den römischen Sprachgebrauch, wie schon *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 47. sq. gezeigt hat. Auch die *Basilica* Lib. XVI. Tit. 1. widersprechen jener Erklärung, wo es heißt: Επὶ τῆ εἰς χρῆσιν δοθέντος οἴκου δυνατὸν φῶτα ἐπινοεῖν.

73) *L. 13. §. 6. D. h. t.* Sed nec aedificium quidem positurum, *nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit.*

74) *L. 73. D. h. t.* Si areae usufructus legatus sit mihi, *posse me casam ibi aedificare,* custodiae causa earum rerum, quae in area sint.

75) *L. 13. §. 5. in fin. D. h. t.* Siquidem ei permittitur *meliorare proprietatem.*

zur Gewinnung von Einkünften bestimmten, Anlage die Folge der Veränderung sind; b) wenn nicht die Art der Sache dadurch verändert wird; und c) wenn auch nicht in sonstiger Hinsicht ein Nachtheil für den Proprietar daraus erwächst [76]. Es ergiebt sich hieraus, daß nicht schlechthin jede Melioration der Sache für erlaubt zu halten ist. Denn bey der unendlichen Verschiedenheit menschlicher Neigungen und Zwecke versteht sich's wohl von selbst, daß nicht gleich jede, dem Usufructuar vielleicht nützliche, Anlage und Verbesserung der Sache, auch immer Vortheile für den Proprietar gewährt, es kann vielmehr umgekehrt unterweilen ein Nachtheil für diesen damit verknüpft seyn [77]. Um daher die Befugnisse des Usufructuars in Absicht auf die Verbesserung der Sache näher zu bestimmen, ist hauptsächlich darauf zu sehen, was die Beschaffenheit der Sache, und die Art des gegebenen Nießbrauchs für Einschränkungen an die Hand giebt. Vergleichen wir nun hierüber die Vorschriften des römischen Rechts [78], so ist nach Maasgebung derselben ein Unter-

76) S. Io. D'AVEZAN Servitutum libr. P. III. cap. 8. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 143.) VOET Comment. h. t. §. 24. CRELL Diss. cit. de usufr. praedii voluptarii §. 9. et 10. HUFELAND Pandectencompendium §. 302. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 611. anderer Meinung ist FEUERBACH in den civilist. Versuchen. 1. Th. Nr. IV. S. 135. ff. Allein man sehe Hagemeister über fr. 13. §. 5. D. de usufr. in Hugo civilist. Magazin. 3. Band. Nr. XIII. S. 257. ff.

77) Arg. *L. 23. D. de usu et hab.* — Causam facit deteriorem, *etiam in meliorem statum commutata.*

78) *L. 7. §. 3. L. 8. L. 13. §. 4—7. L. 15. §. 1—3. et L. 27. §. 2. D. h. t.*

Unterschied zu machen, ob der Nießbrauch an einer beweglichen oder an einer unbeweglichen Sache bestellet worden ist.

a) Ist die nutznießliche Sache eine bewegliche, so muß er sie lassen, wie sie ist, und darf sie nur insoweit vervollkommnen, als deren Art und ursprüngliche Bestimmung dadurch nicht verändert wird [79]). So z. B. durfte zwar der Usufructuar den ihm zum Gebrauch gegebenen Sklaven keine anderen Dienste leisten lassen, als die seiner Bestimmung, wozu er von dem Proprietar ist angeschafft worden, gemäß sind. Allein war der Sklave noch zu keiner gewissen Art von Kunstdiensten, sondern nur zu gemeinen häuslichen oder landwirthschaftlichen Diensten bestimmt, dergleichen Sklaven bey den Römern *servi mediastini* [80]) genennt wurden; so konnte ihn der Usufructuar in den Wissenschaften unterrichten, oder ihm eine Kunst lernen lassen, und ihn dann als Kunstverständigen gebrauchen [81]).

b) Ist

79) *L. 15. §. 1. sqq. D. h. t.*

80) *L. 6 pr. D. de operis servor.* In den Basiliken Lib. XVI. Tit. 7. L. 6. werden die *mediastini* genennt οἱ ἀτέχνοι, i. e. qui nullam artem exercent. Man sehe auch PLINIUS *Hist. nat.* Lib. XXIX. cap. 1. Der Name *mediastinus* kommt daher, quod in medio staret servus, expositus omnibus, non certi officii, sed varii usus, ideoque ordinario vilior. Insonderheit nannte man, wie Nonius lehrt, diejenigen Sklaven *mediastinos*, die bey den Bädern zur Aufwartung dienten. S. *Chr. Gottl.* HAUBOLD Diss. de Fabio Mela ICto eiusq. fragmentis. *Lipsiae* 1806. P. II. §. 2.

81) *L. 27. §. 2. D. h. t.* Si servi ususfructus legatus est, cuius testator *quasi ministerio vacuo* utebatur, *si eum disciplinis, vel arte*

b) Ist hingegen die nutznießliche Sache eine **unbewegliche**, so unterscheidet das römische Recht wieder zwischen **Landgütern** (fundi) und **Gebäuden**. Was

aa) die **Landgüter** anbetrifft, so steht zwar auch dem Usufructuar keine solche Veränderung frey, wodurch das Gut zu einer ganz **andern Art von Grundstücken**, als zu der es bisher gehört hat, umgeschaffen würde. Z. B. er darf die Wiese nicht in einen Acker, oder den Acker in eine Wiese verwandeln. Allein ist das Landgut ein solches, was einmal zur **Gewinnung von Einkünften** bestimmt ist, so ist es dem Usufructuar erlaubt, manche, wenn gleich nützliche Anlagen, in andere umzuschaffen, insofern nur die Einkünfte des Gutes dadurch wirklich vermehrt werden; und auch in sonstiger Hinsicht, z. B. in Beziehung auf die ganze Bewirthung des Gutes, für den Proprietar kein Nachtheil aus dieser Veränderung entsteht. Unter diesen Umständen steht dem Usufructuar nichts im Wege, warum er nicht einen oder den andern auf dem Gute befindlichen Weinberg, Baumgarten, und dergleichen gänzlich eingehen lassen, und den Platz in ein Bergwerk umschaffen dürfte, wenn nur dem Ackerbau dadurch kein nothwendiger Theil des Grundstücks entzogen wird. Hierher gehört die, wenn gleich, obwohl ohne hinlänglichen Grund, bestrittene Stelle Ulpians *L.* 13. §. 5. *D. h. t.* wo es heißt: Inde est quaesitum, an lapidicinas,

arte instituerit usufructuarius, arte eius vel peritia utetur. *Vacuum servi ministerium* nennte man ein solches, quod non est uni et certo officio aut arti designatum, et contra omni operi vacans, wie es NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 16. pag. 424. erklärt.

nas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto, *etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est* Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et coeterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. *Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis* *), *vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt, forsitan etiam haec deiicere poterit; siquidem ei permittitur, meliorare proprietatem.* Diese letztere durch Cursivschrift ausgezeichnete Periode ist von jeher vielen ein Anstoß gewesen. Denn viele können sich nicht überzeugen, daß der Usufructuar befugt seyn sollte, den unsichern Ertrag eines Bergwerks mit dem sichern Gewinn von Einkünften eines Weinbergs, oder Olivengartens vertauschen zu dürfen. So thörigt werde ja der Eigenthümer selbst nicht handeln! und der Usufructuar, der nicht Eigenthümer ist, sollte eine solche Veränderung vorzunehmen berechtiget seyn? **Ulpian** verbiete ja in dem unmittelbar vorhergehenden §. dem Usufructuar, einen bloßen Lustgarten in einen auch noch so einträglichen Fruchtgarten zu verwandeln; er sage ferner im Anfange derselben Stelle, er dürfe zwar Bergwerke anlegen, aber dadurch dem Ackerbau nichts entziehen. Wie kann dieser **Ulpian** nun am Ende, blos des größern Einkommens wegen, dem Nutznießer die Ausrottung eines Baum- und Fruchtgartens erlauben, um ein Bergwerk anzu-

*) *Petrus ab* AREA BAUDOZA CESTIUS lieset *vinetis*.

anzulegen? Noodt[82]) hält daher die ganze passage von *Et si forte bis poterit*, für einen unächten Zusatz eines alten Auslegers, welcher hierdurch auf eine höchst unrichtige, der Meinung Ulpians und aller Rechtsanalogie entgegen streitende Art die letztern Worte: *siquidem ei permittitur meliorare proprietatem*, die er für ächt hält, zu erklären gesucht habe. Gregor Majansius[83]) hingegen wagt es zwar nicht, ein solches Glossem anzunehmen; wer sollte auch einer so gewagten Crisis Beyfall geben können, da die Stelle, welche Noodt weggestrichen wissen will, nicht nur in allen bis jetzt bekannten Manuscripten[84]), sondern auch sogar in den Basiliken[85]) steht? Er glaubt aber doch, daß wenigstens die gedachten Worte nicht so verstanden werden könnten, als ob der Nutznießer Weinberge oder Baumgärten um eines Bergwerks willen dürfte eingehen lassen, sondern Ulpian wolle nur soviel sagen, der Usufructuar könne

82) de Usufr. Lib. I. cap. 6. pag. 404. und Lib. I. Observation. cap. 9. Allein man sehe, was schon *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandectas pag. 46. gegen diese Noodtische Kritik erinnert hat.

83) in Disputat. iuris civ. Tom. I. Disp. 2. §. 34. pag. 33.

84) S. GEBAUERI edit. Corpor. iur. civ. ad h. L.

85) Lib. XVI. Tit. 1. Tom. II. pag. 250. da heißt es: Δυνάται δὲ συνιςᾷν εν τῷ αγρῷ παντοῖα μέταλλα, μὴ βλάπτον τοῦτον ἀγρόν. ει μὴ ἄρα μείζων ἐςι τῆς βλάβης ἡ περιποιουμένη προσοδος. i. e. *Potest autem omnis generis metalla in fundo instituere, si nihil fundo nocebit: nisi forte in hoc, quod instituit, plus sit reditus, quam damni.*

könne allenfalls auch einige Weinstöcke oder Bäume wegnehmen, welche dem Bergwerke hinderlich wären. So bliebe doch der Weinberg oder Fruchtgarten, und die Einkünfte des Guts würden durch das Bergwerk erhöhet. Herr Prof. Feuerbach[86]) billigt zwar auch nicht jene gewaltsame Crisis des holländischen Rechtsgelehrten, räumt aber doch dem Usufructuar auch nicht einmal diejenige Befugniß ein, welche ihm nach der Erklärung des Majansius noch zugestanden wird, ob er gleich die Ausdrücke *vineta*, *oliveta* blos von einzelnen Weinstöcken und Oelbäumen erklärt. Er glaubt nämlich den Knoten durch eine Veränderung in der Interpunction vollkommen lösen zu können; und wer sollte einer solchen Emendation wohl seinen Beyfall versagen können, welchem nicht unbekannt ist, daß die Interpunctionen und Abtheilungen der Worte von den Herausgebern der Justinianeischen Gesetzsammlungen herrühren, und daß die Florentinische Handschrift und alle alte Codices Buchstab an Buchstab, ohne Trennung der verschiedenen Worte, und ohne alle Interpunction geschrieben sind? Die Aufhebung des Puncts nach *nocebit*, die Versetzung desselben nach *fuerunt*, und die Zusammenziehung des *Et si* in *etsi*, meint dieser würdige Rechtsgelehrte, werden nun den einleuchtensten Sinn geben. „Der Usufructuar darf, sage jetzt Ulpian, Metallgruben anlegen, jedoch unter der Einschränkung, daß er der Pflanzung nichts entziehe, wenn gleich die Gruben, die er anlegt, einträglicher seyn sollten,

86) Ueber die L. 13. §. 5. D. de usufr. Eine nothwendige kritische Emendation. (in Desselben civilist. Versuchen. 1. Th. Nr. IV. S. 145. ff.)

ten, wo die Weinstöcke und Oelbäume, welche da gewesen sind." Dies sey der Sinn Ulpians in den Worten *et si vis fuerint*. Durch die folgenden Worte: *Forsitan — propriatem* suche nun Ulpian noch eine mögliche Bedenklichkeit des Lesers zu heben. Dieser könnte vielleicht glauben, ein Usufructuar dürfe gar keine Bäume oder Weinstöcke ausreissen. Daher füge nun Ulpian noch hinzu: Er darf wohl auch (forsitan) diese (nämlich Oelbäume, Weinstöcke u. s. w.) umwerfen, aber nur insofern ist es ihm erlaubt, als er berechtiget ist, das Grundstück in gutem Stand zu erhalten und zu verbessern. Man hat den Scharfsinn nicht verkannt, der aus dieser Emendation hervorleuchtet, und sie würde allerdings Beyfall verdienen, wenn die gemeine Leseart einer Emendation bedürfte. Allein wie wenig Grund überall zu finden sey, weshalb die bisher gewöhnliche Interpunction und Abtheilung der Worte nicht beybehalten werden könnte, wie gar vieles hingegen die vorgeschlagene Emendation gegen sich habe, was ihr den Vorzug vor der bisher gewöhnlichen Leseart streitig macht, hat Herr OARath Hagemeister [87]) so einleuchtend dargethan, daß ihm gewiß jeder Unbefangene beystimmen wird. Ich will hier nicht wiederholen, was schon so gründlich gegen diese neue Emendation erinnert worden ist; nur das kann ich zu bemerken nicht umhin, daß durch dieselbe, meinem Bedünken nach, der deutliche Sinn entstellt, und der ganze Zusammenhang mit dem folgenden §. 6. zerrissen werde. Ulpian will hier zeigen, wozu der

 Usu-

87) Ueber fr. 13. cit. bey Hugo im civilist. Magazin. 3. B. S. 259. ff.

Usufructuar berechtiget seyn, wenn von neuen Anlagen auf einem Landgute die Rede ist, wobey es blos auf Gewinnung von Einkünften ankommt. Ohne alles Bedenken, sagt er, kann er Metallgruben, Steinbrüche u. dgl. anlegen, so lange nur die zur Landwirthschaft nöthigen Felder (agri pars necessaria) übrig sind. So weit konnte Ulpian seine Meynung ohne alles Bedenken äußern. Allein mehr zweifelhaft war es, ob nicht der Usufructuar eine schon vorhandene nützliche Anlage, z. B. einen Weinberg, oder einen Baumgarten, dürfe eingehen lassen, wenn sich findet, daß das angelegte Bergwerk viel einträglicher ist, als jene? Hier war nun zwar die Sache so ausgemacht nicht; Ulpian erklärt sich indessen mit der ihm eignen Bescheidenheit, welche er in solchen Fällen immer durch das Wörtchen *fortasse*, oder *forsitan* an den Tag zu legen pflegt, wo er etwas behauptet, was nicht allgemein bekannten und ausgemachten Rechtens war [88]), für die bejahende Meinung, und zwar aus dem Grunde, weil hierdurch das blos zur Gewinnung von Einkünften bestimmte Grundstück wirklich verbessert werde, und dergleichen Verbesserung dem Usufructuar erlaubt sey. Daß *siquidem* hier nicht für quatenus, sondern vielmehr, wie in mehreren Stellen unserer Gesetze, für *quia* gebraucht wird, hat Joh. Strauch [89]) zum Ueberfluß bewiesen. Wie konnte [illegible] nun noch [illegible]

88) Man vergleiche z. B. *L. 40. §. 16. D. de hered. petit. L. 15. §. 1. D. de Rei vind.* u. a. m. und sehe HUBER in Eunom. Rom. pag. 275. u. pag. 299. und IENSIUS in Structur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 46.

89) Lexic. particularum iuris. v. *Siquidem.* pag. 245.

nun wohl Ulpian auf den Einfall gerathen, hier einem Zweifel zu begegnen, der schlechterdings gar nicht zu der Sache gehörte, von der er spricht, sondern blos eine Pflicht des Usufructuars betrifft, nämlich ausgegangene Weinstöcke anszurotten, und alte abgestorbene Bäume auszureissen, und bessere an ihre Stelle zu setzen? Wie konnte er sich hier auf ein Recht des Nutznießers zu Meliorationen beziehen, und sich dabey so bedenklich, wie das Wort *forsitan* andeutet, ausdrücken, um eine Schuldigkeit des Usufructuars zu bezeichnen, die ganz unbezweifelten Rechtens ist? Es leuchtet überdem klar in die Augen, daß hier gar nicht von Ausrottung einzelner ausgegangener Weinstöcke oder abgestorbener Bäume die Rede sey, sondern das *haec* deiicere geht offenbar auf das vorhergehende *vineae, arbusta* et *oliveta*, worunter nicht einzelne Weinstöcke und Bäume, sondern Weinberge und Fruchtgärten verstanden werden. Und in welchem sonderbaren Zusammenhange erscheint nun die neue Emendation mit dem folgenden §. 6. wo Ulpian die dem Usufructuar zugestandene Befugniß in dem Falle wieder zurücknimmt, wenn die neue Anlage, der erhöheten Einkünfte ungeachtet, doch in sonstiger Rücksicht nachtheilig für den Proprietar seyn sollte? Er sagt nämlich: Si tamen, quae instituit usufructuarius, aut *coelum corrumpant agri*, aut *magnum apparatum sint desideratura, opificum* forte vel *legulorum* [90]), *quae non potest sustinere proprietarius;* non videbitur

90) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. und POTHIER in Pandect. Iustinian. h. Tit. Nr. XXVIII. wollen *figulorum* lesen. Eben so *Petr.* ab AREA BAUDOZA CESTIUS. HOFFMANN in Meletem. ad

debitur viri boni arbitratu frui. Ganz anders verhält sich die Sache

bb) mit Gebäuden. Bey diesen beschränken sich die Befugnisse des Nutznießers auf ein bloßes Erhalten (tueri) dessen, was einmal vorhanden ist. Neuerungen darf er nicht vornehmen, wenn auch das Gebäude dadurch verbessert würde, nur allenfalls Verzierungen, die immer wieder weggenommen werden können, und nicht Theile des Gebäudes selbst werden, darf er anbringen. Neratius sagt *L.* 44. *D. h. t.* Usufructuarius novum tectorium [91]) pario-

ad Pand. Diss. VIII. §. 2. substituirt *baiulorum*. Allein alle diese Emendationen sind unnöthig, wie schon *Io. Gottfr.* SAMMET in Opuscul. pag. 231. gezeigt hat. Man kann die florentinische Leseart füglich beybehalten, man verstehe nur nicht mit Cujaz unter *legulis* diejenigen, qui oleas aut uvas legunt. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß diese Bedeutung bey den Scriptoribus rei rusticae vorkommt. Allein sie paßt nicht hierher, wo von Metallgruben die Rede ist. Das Wort hat mehrere Bedeutungen. *Leguli* werden, wie *Casp.* BARTH Adversarior. Lib. XXXV. cap. 18. in fin. bemerkt hat, auch diejenigen genennt, qui aurum ex cavernis terrae legunt et colligunt.

91) *Tectorium* heißt hier nicht blos Uebertünchung der Wände mit Kalk, sondern es war eine splendide Incrustation der Wände, die von Gyps und gestoßenem Marmor verfertiget wurde, und worauf unter allerey Verzierungen Spiegel, Gemälde, auch Figuren angebracht waren. In den Speisesälen war das Tectorium mit Gesimsen versehen, welche auf Säulen ruheten, worauf man die silbernen Trinkgeschirre zur Zierde aufstellte. S. VITRUVIUS de architectura Lib. II. cap. 4. et Lib. VII. cap. 3. PLINIUS H. N. Lib. 36. cap. 23. Hieraus erklärt sich, wenn

parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest: quia, tametsi meliorem, excolendo aedificium, domini causam facturus esset, non tamen id *iure suo* [92]) facere potest; aliudque est, *tueri*, quod accepisset, *an novum faceret* [93]). Und Ulpian *L.* 13. §. 7. *D. h. t.* Sed si aedium ususfructus legatus sit, *Nerva* filius, et lumina immittere eum posse, ait: sed et colores, et picturas, et marmora poterit, et sigilla (Statüen), et si quid ad domus ornatum. Warum es bey Gebäuden anders, als bey den Landgütern sey, ist eine Frage, worauf die Rechtsausleger sehr verschiedene Antworten

wenn *L.* 7. §. *ult. D. h. t. L.* 79. §. *ult. D. V. S.* und *L.* 3. §. 4. *D. de in rem verso* gesagt wird, die Tectoria gehörten mehr ad voluptatem, quam ad utilitatem. Da also dergleichen Verzierungen vielleicht der Eigenthümer selbst nicht würde haben machen lassen, so konnte man auch nicht annehmen, daß ihm damit gedient sey, wenn es der Usufructuar that. *Nec enim debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset*, sagt *L.* 3. §. 4. *cit.* Von den Tectoriis handeln auch *Guil.* BUDAEUS in Annotation. ad Pandect. pag. 138. sq. und *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. pag. 337. sq.

92) Was *suo iure* heißt, erklärt *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad h. L. pag. 114. Hier, heißt es wohl soviel, als; er kann eine solche Neuerung nicht in der Eigenschaft eines Usufructuars vermöge seines Nutznießungsrechts unternehmen. Ein anders ist, was er als Mandatar des Eigenthümers, oder in der Eigenschaft eines negotiorum gestoris thut.

93) IENSIUS in Strictur. pag. 59. will hier richtiger: *quam novum facere* lesen.

ten geben. Voet[94]) giebt folgenden Grund an: Aedium fructuarius formam earum mutare nequit, etsi meliora repositurus, *ne publicus urbis aspectus deformetur aedificiis disiectis*: at qui fundi habet usumfructum, id potest, *cessante tunc publici aspectus favore*. Dieser Grund möchte aber wohl schwerlich Jemanden befriedigen. Scharfsinniger ist der Grund, den Cocceji[95]) angiebt; nämlich bey Landgütern betreffe die dem Usufructuar *L. 13. §. 5. et 6. D. h. t.* gestattete Veränderung nicht sowohl die Sache selbst, als vielmehr deren Gebrauch. Nur eine *mutatio usus* sey dem Nutznießer erlaubt. Diese lasse sich aber bey Gebäuden nicht ohne eine Aenderung der Sache selbst gedenken. Allein auch dadurch wird die Sache noch nicht vollkommen aufgeklärt. Der wahre Grund des Unterschiedes liegt in der Natur der Sache selbst. Denn bey dem usufructu fundi erstreckt sich das Recht des Nutznießers auf alle, wenn gleich noch so verschiedenartige, Theile des Grundstücks. Ihm gehören daher nicht nur die Früchte, welche die Oberfläche desselben dem Auge darstellt, sondern auch die unter der Erdfläche verborgenen innern Erzeugnisse des Grundstücks. Deswegen darf er nicht nur die Metall- und Steingruben, welche der Eigenthümer bereits eröffnet hat, zu seinem Vortheil bearbeiten, sondern er kann auch selbst Bergwerke anlegen, und, so weit ihm dieses erlaubt ist, die ihm in seinem Vorhaben entgegenstehende Hindernisse aus dem Wege räumen. Allein bey Gebäuden hat das Recht des Usufructuars nur die

94) Commentar. h. t. §. 24.

95) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 8.

die Superficies zum Gegenstande, und diese darf durchaus nicht umgestaltet werden, wenn sie gleich durch die Veränderung verbessert würde [96]). Hiernach erklärt sich nun, warum der Nutznießer eines Gebäudes dasselbe nicht erweitern [97]) (ampliare) oder tectoria, pavimenta et similia da anbringen darf, wo sie vorher nicht waren [98]), und warum er nichts Nutzbares wegnehmen darf, auch wenn er etwas Besseres an dessen Stelle setzen will. Warum ihm ferner nicht erlaubt ist, Veränderungen mit der innern Einrichtung des Hauses und dessen Zimmern vorzunehmen [99]), oder das Haus höher zu bauen [100]); und warum

96) S. *Ger.* CASTENDYK Diss. de iuribus et obligationibus usufructuarii circa refectionem aedificiorum. *Goett.* 1792. §. 8.

97) *L.* 7. §. 3. *L.* 8. *D. h. t.* Neque autem *ampliare*, nec utile detrahere posse, quamvis melius repositurus sit. Quae sententia vera est.

98) *L.* 44. *D. h. t.*

99) *L.* 13. §. 7. *D. h. t.* Sed neque diaetas (Zimmer) transformare, vel conjungere, aut separare ei permittetur: vel aditus posticasque vertere, (i. e. er darf die Thüren des Hauses, weder die zum Eingange in dasselbe, noch die zum Ausgange aus dem Hintergebäude oder die Hinterthüren verändern), vel refugia (unterirdische Gänge, wo man in Nothfällen hinflüchten kann), aperire, vel atrium (Vorsaal) mutare: vel viridaria (Lustgärten) ad alium modum convertere. *Excolere enim, quod invenit, potest, qualitate aedium non immutata.*

100) *L.* 13. §. 7. *cit.* Item *Nerva*, eum, cui aedium ususfructus legatus sit, *altius tollere non posse*, quamvis lumina non obscurentur: *quia tectum magis turbatur* (sc. vento).

warum er endlich ein von dem Eigenthümer angefangenes Gebäude nicht vollenden darf, selbst wenn er auch wegen unvollständiger Beschaffenheit desselben keinen Nutzen davon haben kann [1]). Zwar könnte in allen diesen Fällen das Gebäude vielleicht eine bessere Gestalt erhalten, oder schöner und nutzbarer werden; allein es könnten auch eben so leicht diese Veränderungen für den Proprietar von nachtheiligen Folgen seyn, wenigstens ist es doch immer ungewiß, ob sie es nicht seyn werden. Führt z. B. der Usufructuar das Gebäude höher auf, so ist das Dach mehr dem Winde ausgesetzt, und kostbarer zu unterhalten; Macht er neue Einrichtungen im Innern des Hauses, so steht es sehr dahin, ob sie auch gerade für die Lage des Proprietars passend sind. Vielleicht erfordern sie mehr Feuerungsmaterial, um die Zimmer zu erheitzen, oder letztere sind nach der neuen Einrichtung kostbarer zu meubliren u. d.

Wird

1) *L. 61. D. h. t.* Aedificium inchoatum usufructuarium *consummare non posse*, placet, etiamsi eo loco aliter uti non possit: sed nec eius quidem usumfructum esse, nisi in constituendo, vel legendo usufructu, hoc specialiter adiectum sit, ut utrumque ei liceat. Viele machen jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wenn der Usufructuar weiter nichts, als den Nießbrauch eines Gebäudes erhalten hätte, und dieses ohne Vollendung nutzlos seyn würde. S. HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. §. 6. pag. 339. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 8. (bey MEERMAN T. IV. pag. 143.) EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 7. not. m. Tom. II. pag. 7. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 611. a. E. Was übrigens der Usufructuar einmal erbauet hat, darf er nicht wieder wegschaffen, noch abbrechen. [illegible]

Wird endlich das unvollendete Gebäude ausgebaut, so hat der Proprietar auch künftig mehr zu unterhalten[2]).

§. 635. b.

Pflichten des Nutznießers, a) in Absicht auf die Erhaltung der Sache.

Um die Substanz der Sache zu erhalten, worin die erste Hauptpflicht des Usufructuars besteht, ist er verbunden, die Sache, ihrer Bestimmung gemäß, als ein guter Wirth zu gebrauchen[3]). Thut er dieses, so darf er für keine Deterioration haften[4]), wenn auch die Sache bey diesem Gebrauche ganz zu Grunde gehen sollte[5]). Sonst aber ist der Nutznießer nicht nur dem Proprietar für alles *damnum iniuria datum* durch die Lex Aquilia verhaftet[6]); sondern

2) S. Hagemeister über fr. 13. §. 5. D. de usufr. in Hugo civilist. Magazin 3. Band S. 268. f.

3) *L. 9. pr. D. h. t.* Item si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est: sic tamen, ut *boni viri arbitratu fruatur.* Nam et CELSUS *libro 18. Digestorum* scribit, cogi eum posse recte colere. — *L. 65. pr. D. h. t.* Debet enim omne, *quod diligens paterfamilias in sua domo facit*, et ipse facere.

4) *L. 9. in fin. D. usufr. quem. cav.* (S. §. 631. S. 162.) Man sehe hier vorzüglich DONELLI Commentar. iur. civ. Lib. X. cap. 13.

5) *L. 12. §. 1. D. h. t.* Navis usufructu legato, navigandum mittendam puto, *licet naufragii periculum immineat:* navis enim ad hoc paratur, ut naviget.

6) *L. 13. §. 2. D. h. t. L. 15. §. 3. L. 66. D. h. t.*

sondern er ist auch für schädliche Unthätigkeit verantwortlich [7]). Er muß daher dem Eigenthümer-Caution leisten: *se boni viri arbitratu usurum fruiturum, et, finito usufructu, restiturum, quod inde extabit* [8]). In diesem Versprechen liegt die Zusicherung, nicht nur für alle Deterioration zu stehen, wenn ihm dabey eine culpa levis zur Last fallen sollte [9]), sondern auch custodiam zu prästiren, wenn durch irgend ein Versehen desselben die Sache ganz zu Grunde oder verlohren gehen sollte [10]). Denn die

7) S. SCHORMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 343. ff.

8) *L. 13. pr. D. h. t. L. 1. pr. D. usufr. quem. cav.*

9) *L. 1. §. 3. D. usufr. quem. cav.* Cavere autem debet, *viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum*, hoc est, non deteriorem se causam ususfructus facturum, caeteraque facturum, quae in re sua faceret.

10) *L. 1. §. 7. D. eod.* Sed stipulatur *restitutum iri, quod inde extabit.* Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, si forte (zum Beyspiel) fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit: omnem enim rei curam suscipit. — *L. 2. D. eod.* Nam fructuarius *custodiam praestare* debet. Es ist dies ganz begreiflich. Denn so lange der Usufructuar die Sache in Händen hat, und administrirt, hat der Eigenthümer keine Gelegenheit, solche äussern Umstände von seiner Sache abzuwenden, welche den Untergang derselben nach sich ziehen können. Nun ist totaler Verlust der Sache für den Eigenthümer weit schmerzhafter, und weniger ersetzlich, als bloße Deterioration. Mit Recht verlangen daher die Gesetze, daß er jenen mit ganz vorzüglicher Aufmerksamkeit abzuwenden suche, so daß ihn nur der ungefähre Zufall von seiner Verbindlichkeit befreiet. In den Basiliken Lib. XVI. Tit. 9. L. 2. heißt es daher

die möglichste Achtsamkeit zur Abwendung des totalen Verlusts der Sache wird im eigentlichen Sinn *custodia* genennt [11]). Diese wird von jedem guten Hausvater gefordert. Auf diese Art lassen sich die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten vereinigen, von denen einige [12]) behaupten, daß der Nutznießer für die culpa levissima, andere [13]), daß er nur für eine culpa levis hafte. Uebri-

daher ganz recht: Πᾶσαν τὴν ἐπιμέλειαν ἐπιδέχεται τοῦ πράγματος, καὶ τὴν φυλακὴν ὁ ληγατάριος ὁ καὶ τὴν χρῆσιν ἔχων. i. e. *Omnem diligentiam et custodiam praestare debet is, cui usufructus legatus est.* Die *Custodia* geht nun nicht nur auf das möglichst sorgfältige Verhüten der völligen Destruction, sondern auch auf Abwendung des Diebstahls und der Usucapion durch andere. S. SCHOEMAN a. a. O. S. 249. ff. und WESTPHAL de lib. et serv. praed. §. 688. In der *L. 15. §. 7. D. h. t.* wird daher gesagt, daß der Usufructuar sich verantwortlich mache, wenn er Servituten, die dem Gute zustehen, durch vernachläßigten Gebrauch derselben eingehen läßt. Man sehe hier überhaupt noch *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 13. §. *Principio.*

11) *§. penult. I. de locat. L. 1. §. 4. D. de obligat. et act. L. 11. D. de peric. et comm. rei vend. L. 17. §. 4. D. de praescr. verb. L. 28. C. de loc. cond. L. 19. C. de pignor.* SCHOEMAN a. a. O.

12) CASTILLO de Usufr. cap. 20. nr. 17. CUJACIUS ad L. 2. D. Usufr. quem. cav. Tom. V. *Oper.* pag. 863. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 18. *§. Sequitur.* VOET Comm. h. t. §. 41. *Ant.* SCHULTING ad *Pauli* Sent. recept. Lib. III. Tit. 6. §. 27. not. 60. in *Iurispr. Antejust.* pag. 361. sq.

13) *de* COCCEJI iur. civ. h. t. Qu. 15. et EMMINGHAUS ad Eundem not. z. et a.

Uebrigens bestimmt sich nun vieles nach dem bey jeder Sache ihrer Art nach ordentlichen Gebrauch. Denn so muß der Usufructuar die Gebäude in gutem Stande erhalten, und daher die nöthigen Reparaturen vornehmen, und dazu kann er gezwungen werden, ut sarta tecta habeat, wie Ulpian [14]) sagt. Es geht dies nicht bloß auf die Erhaltung dessen, was nöthig und nützlich ist, sondern auch auf die vorhandenen Verzierungen des Gebäudes [15]). Was durch Alterthum einfällt, braucht er nicht wieder herzustellen. Er kann aber auch die Restauration nicht von dem Proprietar verlangen. Geschieht sie von dem letztern freywillig, so muß er auch dem Usufructuar daran den Nießbrauch gestatten. Der Nutznießer ist jedoch nur mäßige Reparaturen auf seine Kosten zu übernehmen verpflichtet, (*modica refectio* ad eum pertinet) [16]). Für

14) *L. 7. §. 2. D. h. t.* Den Ausdruck sarta tecta hat sehr ausführlich *Guil.* BUDAEUS in Annotat. ad h. L. erläutert. Man sehe auch DONELLUS Lib. X. cap. 13. §. *Ex his* pag. 501. Wenn in der *L. 20. D. de damno inf.* gesagt wird: refectio aedium ad onus fructuarii *non pertinet*, so ist dies eine anerkannt unrichtige Leseart der florentinischen Pandecten. Es muß statt *non pertinet*, blos pertinet gelesen werden, wie *Io.* D'AVEZAN P. III. cap. 7. und *Siegm. Reich.* IAUCHIUS in Meditat. critic. de negationibus Pandect. florent. Cap. XVII. §. 21. pag. 316. sqq. gezeigt haben. In der Ausgabe des Baudoza steht auch das non nicht. Man vergleiche noch WESTPHAL §. 233. pag. 171.

15) *L. 7. §. 3. D. h. t.*

16) *L. 7. §. 2. cit.* Hätte der Proprietar in der Abwesenheit des Usufructuars eine solche Reparatur, quasi negotium eius gerens,

Für mäßig aber sind diejenigen zu halten, deren Aufwand den Werth des Nießbrauchs nicht übersteigt[17]). Hat er Kosten verwendet, die man ihm als Usufructuar nicht zumuthen könnte, so kann er deren Ersatz fordern[18]). War jedoch das eingefallene Gebäude der Ernte wegen dem Usufructuar unentbehrlich, so muß er es auf seine Kosten wieder herstellen, oder dem Proprietar, wenn es dieser gethan hat, die Kosten wieder erstatten[19]). Er kann sich aber auch, wenn der durch ihn zu bestreitende Aufwand zu beschwerlich fällt, seines Nießbrauchs begeben[20]). Jedoch macht ihn eine solche Dereliction von der Verbindlichkeit nicht frey, dasjenige, was er oder die Seinigen verdorben haben, wieder in Stand zu setzen[21]).

Der Usufructuar ist ferner verpflichtet, in Baumschulen (Seminarium) Fruchtgärten, Weinbergen und Holzungen, Windbrüche abgerechnet[22]), nachzupflanzen. Dafür

gerens, unternommen, so kann er actione negotiorum gestorum den Ersatz von dem Usufructuar fordern. *L. 48. D. h. t.*

17) S. Ger. CASTENDYK Diss. de iurib. et obligat. usufructuarii circa refectionem aedificior. §. 3. et §. 9.

18) *L. 7. C. h. t.*

19) *L. 50. D. h. t. L. 32. §. 5. D. de usu et usufr. leg.* S. VOET in Comm. h. t. §. 36.

20) *L. 48. pr. D. h. t. L. 64. D. eod.*

21) *L. 65. D. h. t.*

22) *L. 59. D. h. t.*

Dafür kann er sich das Holz von den abgestorbenen Bäumen zueignen [23])

Ist ihm der Nießbrauch von einer Heerde Vieh gegeben, so muß er die Heerde vollzählig erhalten, und den Abgang der Stücke aus dem Zuwachs ergänzen [24]). Von den abgestorbenen oder untauglich gewordenen alten wird denn der Usufructuar Eigenthümer, sobald deren Stelle durch die Nachzucht ersetzt ist [25]). Der Proprietar hingegen erwirbt das Eigenthum der jungen Zucht, die sonst dem Usufructuar, als Frucht, gehört, durch die Substitution [26]). Dieselbe geschieht jedoch nicht ipso jure, sondern erfordert eine Handlung von Seiten des Usufructuars, wodurch das Eigenthum der substituirten Jungen auf den Proprietar

23) *L. 7. §. 3. L. 9. §. 6. L. 18. D. h. t.* S. BUDAEUS in Annotat. ad L. cit. 9. §. 6. h. t. und DAVEZAN P. III. cap. 7. §. Ex his pag. 142.

24) *L. 68. §. 2. L. 69. D. h. t. L. 70. pr. eod.*

25) *L. cit. 69. D. h. t.* Ut post substituta fiant *propria* fructuarii. Einige lesen fiant *priora* fructuarii. Z. B. D'AVEZAN P. III. cap. 7. pag. 142. und *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 39. I. de Rer. div. Diese Leseart billigt auch NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 17. Allein die gemeine Leseart kann füglich beybehalten werden. S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XIII. not. b. pag. 230.

26) *L. 69. cit.* Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque *ex natura fructus* desinunt eius esse. Nam alioquin, quod nascitur, fructuarii est: et, cum substituit, desinit eius esse. S. DONELLUS c. l. pag. 503.

prietar übertragen wird [27]). So lange dieses nicht geschehen ist, bleibt der Usufructuar Eigenthümer, und trägt auch den Schaden [28]). Er haftet jedoch immer nur für den natürlichen Abgang. Denn was durch unabwendliche Unglücksfälle zu Grunde geht, vertritt er nicht [29]). Er braucht auch nur den Abgang aus dem Fätus zu ergänzen, es geschehe nun entweder aus dem, welcher zur Zeit der entstandenen Verminderung schon vorhanden war, oder aus der künftigen Zucht [30]). Ist der Nießbrauch nicht von einer Heerde Vieh, sondern bloß von einzelnen Stücken eingeräumt; so ersetzt er auch nicht einmal den natürlichen Abgang [31]).

§. 636. a.

b) In Absicht auf die Lasten der Sache.

Die andere Hauptpflicht des Usufructuars ist, daß er alle, sowohl ordentliche als außerordentliche Lasten

27) *L. 70. §. 5. D. h. t.* *Summittere* autem facti est, et IULIANUS proprie dicit, dispertire et dividere, et divisionem quandam facere. *Quod dominium erit summissorum proprietarii.*

28) *L. 70. §. 1. et 2. D. h. t.*

29) S. DONELLI Comm. iur. civ. Lib. X. cap. 13. §. *Secundum* pag. 502.

30) Ist nach entstandenem Abgange kein Zuwachs von der Heerde mehr erfolgt, so muß die Ergänzung von dem Fötus geschehen, welcher zur Zeit des entstandenen Defects schon vorhanden war, wenn gleich derselbe eigentlich dem Usufructuar gehört. *L. 70. §. 4. D. h. t.* S. POTHIER h. t. Nr. XIII. not. f. und WESTPHAL §. 714. not. 641. pag. 474. sq.

31) *L. 70. §. 3. D. h. t.*

sten der Sache tragen muß[32]). Denn es ist der natürlichen Billigkeit gemäß, daß wer den Nutzen von einer Sache zieht, auch die damit verknüpften Beschwerden übernehme[33]). Es gehören dahin nicht nur alle öffentliche Realabgaben an Steuern, Grundzinß (Solarium)[34]), Proviantlieferungen, feindlichen Contributionen und andern öffentlichen Beyträgen[35]); sondern auch die auf dem nutz-nieß-

32) *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* *L.* 27. §. 3. et *L.* 52. *D. eod.* VOET h. t. §. 37. et 38. WESTPHAL §. 678. BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 7. et ad Eundem HAUBOLD not. o. Tom. I. pag. 345.

33) *L.* 10. *D. de Reg. iur.* Eben dieser Grund wird auch in der *L.* 7. §. 2. *D. h. t.* ausdrücklich angeführt.

34) In der *L.* 7. §. 2. *cit.* lieset zwar die Florentine *Salarium.* Allein *Em.* MERILLIUS in Comm. ad L. 3. D. de servitut. (bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 636.) und POTHIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXIII. not. k. haben bemerkt, daß die Haloandrinische Leseart *Solarium* richtiger sey, id est, quod pro solo penditur, cum quis in publico aedificavit. *L.* 15. *D. qui potior. in pign.* *L.* 39. §. 5. *D. de Legat. I.* *L.* 2. §. 17. *D. Ne quid in loco publ.*

35) In der *L.* 27. §. 3. *D. de Usufr.* geschieht des *Cloacarii* Erwähnung. Darunter wird der Beytrag zu den Kosten für Unterhaltung und Reinigung der öffentlichen Kloake verstanden. Ferner: *Si quid ob formam aquaeductus, quae per agrum transit, pendatur*; d. i. was zur Unterhaltung und Reinigung der öffentlichen Wasserleitungen von den Besitzern jährlich entrichtet werden mußte, durch deren Grundstück der Kanal gieng. S. *Car. God.* WINCKLER Diss. de iure impetratae aquae. *Lipsiae* 1749. §. 13. Ferner heißt es: Sed et si quid *ad collationem viae*, puto hoc quoque fructuarium subiturum; d. i. das Geld, welches

nießlichen Gute haftenden Privatlasten, als jährliche Zinsen, auch Alimente, die nach der Verordnung des Testirers aus dem Grundstück einer bestimmten Person gereicht werden sollen [36]). Ist er wegen des Nießbrauchs mit einem Dritten in einen Proceß gerathen, und die Kosten werden compensirt, so fallen auch diese Kosten dem Usufructuar zur Last [37]). Durch Uebereinkunft oder letzte Willensverordnung des Testirers können jedoch diese Lasten dem Usufructuar auf mancherley Art erleichtert werden [38]). Er kann auch vom Proprietar die außerordentlichen Lasten in soweit, als sie die Summe seines ganzen Gewinnes übersteigen, zurückfordern [39]).

§. 636. b.

ches die Grundbesitzer zu den Chausseen beytragen mußten. Ergo et quod ob transitum exercitus confertur ex fructibus. d. i. die Fouragelieferungen und Einquartirungskosten bey Durchmärschen der Truppen. Endlich heißt es noch: et fisco *fusiones* praestare, haec onera ad fructuarium pertinebunt. Einige wollen hier functiones lesen. Allein der Ausdruck fusiones für öffentliche Abgaben und Steuern genommen, ist nicht ungewöhnlich. S. WESTPHAL pag. 450. not. a.

36) *L. 7. §. 2. D. h. t.* sagt: vel *alimenta ab ea re relicta.* So lieset die Florentine, statt *ab eo*, wie es in einigen Ausgaben heißt. Die Florentinische Leseart bestärken auch die Basiliken Lib. XVI. Tit. 1. Tom. II. pag. 246. *καὶ τὰς ἐκ τοῦ πράγματος καθείσας διατροφάς.*

37) *Siegm. Frid.* RUMPEL Diss. de usufructuario fructuum domino. *Erfordiae*, 1753. §. 23.

38) *L. 52. D. h. t.*

39) VOET h. t. §. 38. LEYSER Specim. CVI. medit. 3. WALCH Introduct. in Controv. iur. civ. Sect. II. cap. III. §. 7. HAUBOLD

§. 636. b.

Gegenseitige Pflichten des Proprietars.

Der Proprietar ist zwar durch den Nießbrauch, der einem Dritten an seiner Sache zusteht, nicht gehindert, über die Rechte seines Eigenthums zu verfügen [40]). Es darf nur nicht zum Schaden des Usufructuars geschehen [41]). Denn der Eigenthümer darf

1) den Nutznießer an der ihm zuständigen Benutzung auf keine Weise hindern, wenn dieser die Sache so gebraucht, wie es sein Recht mit sich bringt [42]).

2) Darf

BOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. n. Tom. I. pag. 345. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 614.

40) Der Proprietar kann daher die Sache veräußern, kann sie seinem Gläubiger verpfänden, auch ohne Einwilligung des Usufructuars, denn die Veräußerung geschieht ja salvo usufructu. *L. 2. C. h. t.* Er kann ferner zur Beschützung der Gränzen die nöthigen Verfügungen treffen. *L. 16. §. 1. D. de usu et habitat.* S. WESTPHAL §. 705. Auch dem Gute Servituten erwerben. Alles dies kann der Eigenthümer auch gegen den Willen des Usufructuars thun. *L. 15. §. 7. D. h. t.*

41) *L. 17. §. 1. D. h. t.* — ne deteriorem conditionem fructuarii faciat proprietarius.

42) *L. 15. §. 6. D. h. t.* Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium, ita utentem, ne deteriorem eius conditionem faciat. *Ita utentem* heißt eo modo utentem, ut in antecedentibus legis verbis descriptum est. Quod si faciat, non debet proprietarius ipsi obesse, et usumfructum quocunque modo minuere, id est, *deteriorem eius conditionem facere.* S. WESTPHAL §. 640. not. 570.

2) Darf nichts an der Sache wider den Willen des Nießbrauchers ändern, z. B. das nutznießliche Haus nicht höher bauen[43]; noch durch einen in seinem Eigenthum unternommenen Bau dem Usufructuar das Licht benehmen[44]. Darf auf die nutznießliche area kein Gebäude setzen[45]. Darf zum Nachtheil des Nießbrauchers dem fundo weder eine Servitut auflegen, noch eine demselben zustehende Servitut dem dienstbaren Gute erlassen[46]; noch sonst etwas von dem fundo, wovon der Nießbrauch gegeben ist, wegnehmen oder demoliren, was einmal dazu gehört, es sey ein Gebäude, oder auch nur ein Baum, den er selbst gepflanzt hätte[47]. Sollte der Proprietar sich dennoch dergleichen dem Rechte des Usufructuars nachtheilige Verfügungen erlaubt haben, so ist dieses entweder noch

vor

43) *L. 13. §. 7. in fin. D. h. t.*

44) *L. 7. §. 1. D. eodem.* S. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. 37. not. h. pag. 234. Wird ihm das Licht nicht ganz genommen, sondern blos verdunkelt, so kann der Usufructuar dem Proprietar das Höherbauen in seinem Eigenthum nicht verbieten. *L. 10. D. de servitut. praed. urb.* Siehe oben S. 83.

45) *L. 7. §. 1. D. cit.*

46) *L. 15. §. 7. D. h. t.* Die *Basilica* Lib. XVI. Tit. 1. L. 15. §. 5. haben statt *amittere servitutem*, *παραχωρῆσαι δουλείαν*, i. e. remitttere servitutem. Diese Leseart billigt auch IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 49.

47) *L. 12. D. de usu et usufr. leg.* Heres in fundo, cuius ususfructus legatus est, villam posuit, eam invito fructuario demolire non potest; nihilomagis quam si, quam arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet.

vor der Uebergabe geschehen, nachdem jedoch die Forderung des Nutznießers schon entstanden war; oder nach constituirtem Nießbrauche. Im ersten Falle kann der Usufructuar mit der Klage aus dem Testament oder Contract das Interesse verlangen [48]). In dem letztern aber kann er sich des Interdicti quod vi aut clam, oder der actionis de dolo bedienen [49]).

48) *L. 2. D. Si usufr. pet.* Siehe oben S. 73. und WESTPHAL §. 705. Not. 633.

49) *L. 5. §. ult. L. 6. D. Quib. mod. usufr. amitt.* Si areae sit ususfructus legatus, et in ea aedificium sit positum, rem mutari, et usumfructum extingui constat. Plane si proprietarius hac fecit, *ex testamento* vel *de dolo* tenebitur. Sed et interdictum *quod vi aut clam* usufructuario competit.

Zusätze.

S. 9. Z. 22. ist nach dem Worte genennt. noch hinzuzufügen. Pomponius hat dieses sehr bestimmt angegeben, wenn er *L. 15. §. 1. D. de Servitut.* sagt: Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis; *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.*

S. 203. Z. 15. ist statt vivarii, *vivaria* zu lesen.

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von
D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Neunten Theils zweite Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1808.

Lib. VII. Tit. II.

De usufructu accrescendo.

§. 637. a.

Worin besteht das Anwachsungsrecht beym Nießbrauche, und wenn findet dasselbe Statt? Eigenheiten desselben.

Ein besonderer Grund, aus welchem der Ususfructus für Jemanden entstehen kann, ist das ius accrescendi [1]). Es ist dieses schon an einem andern Orte (S. 181.) bemerkt worden, auch davon bey anderer Gelegenheit schon Verschiedenes vorgekommen. (S. 167. f.) Hier muß nun noch davon hauptsächlich gehandelt werden [2]). Hellfeld über-

1) *Io. Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. Diss. XIX. §. 10. pag. 189. sagt: *Ususfructus etiam acquiritur iure accrescendi: (quod in omnibus servitutibus personalibus locum habet, tametsi iuris compilatores de usufructu tantum loquantur.)* Auch KONOPAK gedenkt in seinen Institutionen des röm. Rechts §. 288. des iuris accrescendi unter den Entstehungsgründen des Nießbrauchs.

2) Man vergleiche über diese Materie *Henr. a* SUERIN Quaestionum de usufructu accrescendo liber unus. (bey *Ev.* OTTO in *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 102. sqq.) *Ios. Christ.* MERTEN Diss. de usufructu adcrescendo. *Erfordiae* 1773. *Greg.* MAJANSII Diss. de iure adcrescendi §. 37. sqq. (inter EIUSDEM *Disputat. iuris civ.* Tom. II. Disp. 38. pag. 81. sqq.) und WESTPHAL de lib. et servit. praedior. §. 855. sqq.



überschlägt zwar hier diese Materie, und verweißt auf Lib. XXXIII. Tit. 2. Da ich jedoch den größten Theil dieses Titels schon erklärt habe, so will ich des Zusammenhanges wegen auch diese Lehre hier kürzlich erläutern, zumal da dasjenige, was unser Verf. §. 1534. davon sagt, die Sache bey weitem nicht erschöpft.

Das Anwachsungsrecht beym Nießbrauche ist dasjenige Recht, vermöge dessen Jemand, welchem mit einer oder mehreren andern Personen zugleich der Nießbrauch an einer Sache auf eine solche Art vermacht worden ist, daß sie sich unter einander durch ihre Concurrenz im Genuß beschränkt hätten, in dem Falle, da diese Concurrenz nicht zur Ausübung kommt, weil einer oder die übrigen alle ihren Antheil gar nicht erworben, oder denselben zwar erworben, nachher aber wieder verlohren haben, das Ganze erhält, was er nach dem Willen des Erblassers erhalten sollte [3]). Dieses Recht hat beym Nießbrauch besonders in zwey Fällen Statt.

I. Wenn mehreren zusammen, conjunctim, an einer Sache, oder zwar jedem einzeln, separatim, aber doch an der ganzen Sache der Nießbrauch ist vermacht worden, so daß, wenn sie alle concurriren, d. i. zum Genuß kommen, Theile gemacht werden müssen. Hier wächst, wenn der eine ihn ausschlägt, oder verliert, dessen Antheil dem andern zu, oder, eigentlich zu sagen, dieser erhält nun

3) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. sagt: Ius accrescendi hic est *facultas percipiendi portionem eius, qui non concurrit ad usumfructum sibi cum alio datum, vel concurrit quidem, sed concurrere desiit.*

nun den ganzen Nießbrauch allein [4]). Denn das Accrescenzrecht ist hier immer ein ius non decrescendi. Folgende Stellen bestättigen dieses ganz deutlich.

L. 1. pr. D. h. t. Quoties usus fructus legatus est, ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si *conjunctim* sit ususfructus relictus. —

§. 1. Denique [5]) apud *Iulianum* lib. 35. Digestorum quaeritur: Si communi servo ususfructus sit relictus, et utrique domino adquisitus: an altero repudiante, vel amittente usumfructum, alter totum habeat? et putat ad alterum pertinere: et licet dominis ususfructus non aequis partibus, sed pro dominicis adquiratur; tamen persona eius, non dominorum, inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere [6]).

S 2 §. 3.

4) Es ist dies überhaupt die Regel, welche bey dem Accrescenzrecht der Vermächtnißnehmer Statt hat: *Toties iuri accrescendi in legatis locum esse, quoties legatarii ad eandem rem ita sunt vocati, ut, omnium concursu existente, singuli id, quod cuivis est relictum, in solidum accipere nequeant, sed partes fieri necesse sit.* S. *Phil. Iac.* HEISLER Diss. de iure accrescendi in legatis, semper iure non decrescendi. *Halae* 1759. §. 5. sqq. Westphals syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1035. ff. und besonders *Fr.* SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts. 2 B. Nr. I. S. 17. ff.

5) *Denique* vermittelt hier (wie in mehreren andern Stellen der Pandecten, S. von Savigny Recht des Besitzes §. 7. S. 52.) den Uebergang von der Regel zu ihrer Anwendung, und soll eine Folgerung aus dem Vorhergehenden andeuten, wie Westphal sagt §. 865. pag. 598. de servitut. praedior.

6) Die Frage, welche hier entschieden wird, war streitig zwischen den Sabinianern und Proculianern. Julian entschied

§. 3. Interdum tamen, *etsi non sint conjuncti*, tamen usus fructus legatus alteri adcrescit: utputa si mihi fundi ususfructus *separatim* totius, et tibi similiter fuerit relictus. Nam (ut et *Celsus* lib. 18. Digestorum, et *Iulianus* lib. 35. scribit) *concursu partes habemus*. Quod et in proprietate contingeret: nam altero repudiante, *alter totum fundum haberet*. Sed in usufructu hoc plus est: *quia et constitutus, et postea amissus, nihilominus ius adcrescendi admittit*. Omnes enim auctores apud *Plautium* de hoc consenserunt; et, (ut *Celsus* et *Iulianus* eleganter aiunt) ususfructus quotidie constituitur et legatur: non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, *solus utetur in totum*, nec refert, *conjunctim*, an *separatim* relinquatur.

§. 4.

schied nach der Meinung der Sabinianer. Daß aber Proculus ganz anderer Meinung war, erhellet aus *L. 20. D. de legat. II.* wo es heißt: Et *Proculo* placebat, et a patre (die Stelle ist aus CELSI *lib. 19. Digestor.*) sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non adcrescere. *Non enim coniunctim, sed partes legatas.* Nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet. Aus dem Grunde, den hier Celsus anführt, und welchen Julian zu widerlegen sucht, erhellet es ganz klar, daß die Frage unter ihnen streitig war. *Gilb.* REGIUS Enantioφανῶν iuris civ. Lib. II. cap. 16. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. civ.* Tom. II. pag. 1504.) hat dies noch aus andern Stellen erwiesen. Viele glauben jedoch, daß sich die Antinomie dadurch heben lasse, wenn man die L. 20. von der legirten Proprietät erklärt. S. *Barthol.* CHESIUS Interpretation. iuris Lib. II. cap. 11. *Iul.* PACIUS Enantioφανῶν s. Legg. conciliatar. Centur. VI. Qu. 13. und *Greg.* MAJANSIUS ad triginta ICtor. fragmenta Tom. II. pag. 246.

§. 4. Idem *Iulianus* lib. 35. Digestorum scripsit. Si duobus heredibus institutis, *deducto usufructu*, proprietas (sc. tertio) legetur: ius adcrescendi heredes non habere: *nam videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum.* (Diese letzten Worte, welche besonders entscheidend sind, erklärt Westphal [7]) ganz richtig so: *Non est enim singulis ususfructus totius rei a testatore relictus, ut ob concursum tantum divisio necessaria esset, sed divisio haec iam ab ipso testatore est constituta.* Denn die Erben haften in Absicht auf die Prästation des Vermächtnisses nur pro rata, daher gehört ihnen auch der ihnen von dem Erblasser vorbehaltene Nießbrauch pro hereditariis partibus [8]).

L. 2. *eodem.* Ideoque amissa pars ususfructus ad legatarium, eundemque proprietarium redibit.

L. 3. *pr. D. eod.* Idem *Neratius* putat, cessare ius adcrescendi, libro 1. Responsorum. Cui sententiae congruit ratio *Celsi* dicentis: *toties ius adcrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est,* (sc. ususfructus).

Um diese Gesetze zu verstehen, ist es nöthig, zuvörderst von den verschiedenen Conjunctionsarten der Vermächtnißnehmer etwas vorauszuschicken. Es giebt dreyerley Arten, wie Legatarien, die zu einerley Sache berufen sind, mit einander in eine besondere Verbindung gebracht seyn können [9]), welche jedoch nicht alle ein Accrescenzrecht be-

7) De libert. et servitut. praedior. §. 858. not. 756. pag. 591.

8) *L.* 17. *D. de duob. reis. L.* 34. *§.* 12. *D. de legat. I.*

9) *L.* 89. *D. de legat. III.*

gründen. Sie sind nämlich entweder *re coniuncti*, wenn mehreren, zwar nicht in demselben Satz, sondern separatim, aber doch die nämliche Sache ganz vermacht worden ist. Diese werden insonderheit *disiuncti* genennt. Von dieser Conjunctionsart redet §. 3. *L. 1. h. t.* z. B. *Titio usumfructum fundi mei do lego, Seio eundem usumfructum do lego.* Oder sie sind in demselben Satz dergestalt mit einander verbunden, daß ihnen ideale Theile[10]) am Ganzen angewiesen sind. z. B. *Titio et Sejo usumfructum fundi mei aequis partibus do lego.* Diese werden oft unter dem Ausdrucke: coniuncti gar nicht mit begriffen, sondern separati genennt. *L. 11. D. h. t.* bestättiget diese Bemerkung, wo Papinian sagt: Cum singulis ab heredibus singulis, eiusdem rei fructus legatur, fructuarii *separati* videntur, non minus quam si *aequis portionibus* duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset Unde fit, *ut inter eos ius adcrescendi non sit.* Hier werden diejenigen, welchen der Nießbrauch an der nämlichen Sache von verschiedenen Erben hinterlassen worden ist, mit denen in eine Classe gesetzt, welchen der Nießbrauch an einer Sache zu gleichen Theilen vermacht ist. Die ersten sollen eben so, wie die letztern, als

10) Diejenigen, denen reelle Theile angewiesen sind, heißen nie Conjuncti, sie mögen in einem Satz verbunden seyn oder nicht. S. *Thom.* PAPILLONIUS de iure accrescendi bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 775. HEISLER cit. Diss. §. 9. und THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 843. Hierher gehört die Stelle *L. 1. pr. D. h. t.* Caeterum si separatim unicuique *partis rei* ususfructus sit relictus, sine dubio ius adcrescendi cessat. Man sehe *Henr. a* SUERIN de usufr. accresc. bey OTTO Tom. IV. pag. 103. und WESTPHAL §. 855. not. 754.

als verbis coniuncti behandelt werden, und also kein ius adcrescendi unter ihnen Statt finden. Denn jeder Legatar fordert den ihm vermachten Nießbrauch von einem andern Erben. Die Erben aber haften nur pro hereditariis portionibus [11]). Dies ist der Grund, den Ulpian selbst anführt, wenn er *L.* 12. *D. h. t.* sagt: *Cum alius ab alio herede usumfructum vindicat.* Keinesweges aber paßt der Grund hieher, den Zeisler [12]) aus *L.* 53. §. 2. *D. de legat. I.* hernimmt, nämlich wenn der Erblasser mehreren Erben anbefohlen hat, einerley Sache zu prästiren, so daß sie jeder ganz zu geben gehalten seyn solle, so sey es eben so anzusehen, als ob das Legat in zwey verschiedenen Testamenten hinterlassen wäre. Denn so gewiß es auch ist, was Ulpian sagt *L.* 16. *D. Quib. mod. usufr. amitt.* quod ex divisis testamentis ius coniunctionis non contingat; so hat doch sicher Ulpian in der *L.* 12. *D. h. t.* hieran nicht gedacht, weil er in der *L.* 53. §. 2. *cit.* ausdrücklich von einem legato per damnationem relicto redet, bey welchem vor Justinian gar kein Adcrescenzrecht, am wenigsten aber in dem Falle, wovon hier die Rede ist, denkbar war; sondern der eine Legatar von dem ihm verpflichteten Erben die Sache in Natur, der andere aber von dem andern Erben den Werth derselben erhielt, ohne daß eine weitere Conjunction unter ihnen Statt hatte [13]). Allein beym

 legato

11) *L.* 33. *pr. D. de legat. II.* *L.* 2. *C. de heredit. action.* S. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 11. D. h. t.

12) Cit. Diss. §. 15.

13) ULPIAN. *Fragm. Tit.* 24. §. 12. *et* 13. PAULUS lib. III. *Sentent. receptar. Tit.* 6. §. 3. GAJUS *Lib. II. Instit. Tit.* 5. §. 5. *et ult.* und JUSTINIAN. *L. un.* §. 11. *C. de caduc. toll.*

S.

legato vindicationis, worauf der in der *L.* 12. *h. t.* angeführte Grund offenbar keine Beziehung hat, war es anders. Hier konnte die obgleich mehreren Erben separatim zur Prästation auferlegte Sache nur einmal gefordert werden [14]. Jeder Legatar konnte daher von dem ihm schuldenden Erben nur die Rata fordern, für welche jeder Erbe nach dem Verhältniß seines Erbantheils haftete, und so erklärt sich denn, wenn Papinian *L.* 11. *D. h. t.* diese Legatarien den verbis conjunctis gleichsetzt [15].

c) „Die Legatarien können endlich auch *re et verbis conjuncti* seyn, wenn ihnen dieselbe Sache in demselben Satz ganz vermacht worden ist. z. E. *Titio et Cajo usumfructum fundi mei do lego.* Diese werden vorzugsweise *conjuncti*, auch jetzt *mixtim conjuncti* genennt. Von dieser Verbindungsart redet die *L.* 1. *pr. D. h. t.* wo Ulpian sagt:

ita

S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. L. Err. 2. MAJANSIUS c. l. Disp. XXXVIII. §. 15.

14) *L.* 34. *§. 1. D. de legat. I.* S. *Gregor.* MAJANSIUS ad 30. ICtor. fragmenta Tom. I. pag. 282. §. 3. Diesen Unterschied zwischen einem legato per damnationem und per vindicationem relicto in Absicht auf das Accrescenzrecht hat Justinian aufgehoben *L. un. §. 11. C. de caduc. toll.* S. *Ant.* FABER Error. Pragm. Dec. L. Error. 3. Ohne denselben lassen sich jedoch viele Stellen in den Pandecten nicht wohl erklären, obgleich Tribonian auch zuweilen interpolirt hat. S. Westphal von Vermächtnissen. §. 1039. ff. und MAJANSIUS Tom. II. Disputat. pag. 68.

15) S. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Praelect. ad Titt. Dig. de legat. et fideic. P. II. Cap. 3. §. 7. (bey MEERMAN T. VII. pag. 305.)

Ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si conjunctim sit ususfructus relictus, wie Geisler ganz deutlich gezeigt hat [16]).

Hieraus ergiebt sich nun, daß das Anwachsungsrecht unter Usufructuarien nur dann zur Anwendung kommt, wenn sie entweder *re et verbis* oder *re tantum* conjuncti sind, wie die angeführten Gesetzstellen ganz klar beweisen. Vor Justinian galt zwar, wie schon vorhin bemerkt worden ist, der Unterschied, ob der Nießbrauch den Usufructuarien per damnationem oder ob er per vindicationem vermacht worden. Da nun beym legato damnationis kein Accrescenzrecht unter den Collegataren Statt hatte, sondern der Theil des Deficirenden dem Erben blieb [17]); so ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß Ulpian eigentlich von einem legato ususfructus per vindicationem relicto rede. Daraus ist, wie Westphal [18]) ganz richtig bemerkt, zu erklären, warum in der *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* gesagt wird: *Interdum*, etsi non sint conjuncti, tamen ususfructus legatus alteri adcrescit etc. Da jedoch Justinian den Unterschied unter den verschiedenen Formeln der Vermächtnisse aufgehoben hat [19]), so sind nun jene Gesetzstellen von dem Anwachsungsrecht beym Nießbrauch allgemein zu verstehen. Unter bloßen verbis conjunctis hingegen

16) Diss. cit. §. 10. und §. 28.

17) *L.* 7. *D. de legat.* 2. S. HOFACKER Princip. T. II. §. 1523. not. a.

18) de lib. et servitut. praed. §. 855. not. 753. pag. 587.

19) *L. un.* §. 11. *C. de caduc. toll.* Nos autem omnino repellimus, unam omnium naturam legatis et fideicommissis imponentes, *et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam.*

gegen findet das Accrescenzrecht in der Regel nicht Statt[20]. Die oben angeführten Worte Ulpians *L.* 11. *D. h. t.* lassen uns keinen Augenblick daran zweifeln. Ausnahmen finden jedoch Statt, wenn diejenigen, welche anfänglich verbis conjuncti waren, durch das Hinzurufen eines Dritten wieder re conjuncti wurden, insoweit nämlich, als ihre Portion durch diese Concurrenz beschränkt ward; oder wenn bey den verbis conjunctis die Theile erst durch Concurrenz bestimmt werden sollen, und welche dann insofern im Grunde re et verbis conjuncti sind. Beyde Ausnahmen werden sich durch folgende Beyspiele näher aufklären. Man setze folgendes Vermächtniß: dem A und B vermache ich den Nießbrauch meines Landguts jedem zur Hälfte. Dem C vermache ich ebenfalls diesen Nießbrauch. Hier ist der C mit A und B realiter verbunden, die Concurrenz des letztern macht, daß A und B in ihren Antheilen beschränkt werden. Würden nämlich alle drey Legatare an dem Nießbrauch Antheil nehmen, so müßte die Vertheilung so gemacht werden, daß C die Hälfte, B ein Viertel und A ein Viertel des Nießbrauchs bekäme. Denn nach

20) S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLIX. Err. 4. *Iac.* CUJACIUS Obsv. lib. XXIV. c. 34. *Franc. Ramos del* MANZANO Praelect. ad Titt. Dig. de legat. et fideicomm. P. II. Cap. 3. bey MEERMAN Tom. VII. pag. 303. sqq. HOFACKER Princ. T. II. §. 1524. und *Car. Sal.* ZACHARIAE libr. Quaestion. (*Vitemb.* *1805.*) Quaest. XV. Anderer Meinung sind *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. II. c. 3. *Arn.* VINNIUS Comm. ad §. 8. J. de legat. *Io. Iac.* WISSENBACH ad Pand. Disp. XIX. §. 12. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princ. Dig. h. t. §. 106. LAUTERBACH Colleg. Pand. h. t. §. 2. und MERTEN cit. Diss. §. 8.

nach der erklärten Willensmeinung des Testirers sollen A und B zusammen das Ganze bekommen, jeder zur Hälfte. Aber C soll auch das Ganze bekommen. Nothwendig muß also, im Falle sie alle concurriren, C den A auf die Hälfte seiner Hälfte, und eben so den B beschränken. Allein nach eben dieser Willensmeinung des Testirers soll doch eine volle Hälfte des Nießbrauchs dem A, wie dem B zu Theil werden. Wenn demnach einer von beyden ausfällt, so tritt hier das Accrescenzrecht ein, welches aber nicht dem C, sondern dem andern verbis conjuncto zusteht, so daß dieser nun die ihm vom Erblasser bestimmte Hälfte des Nießbrauchs für sich ganz behält, die er im Concurrenzfalle mit dem andern hätte theilen müssen. Denn beyde verbis conjuncti werden im Verhältniß zum C als dem re conjuncto, wie eine juridische Person angesehen, welcher nach dem Willen des Testirers die volle Hälfte zufallen soll [21]). Folgende Stelle des Paulus bestätigt dieses ganz deutlich. Dieser sagt nämlich *L.* 89. *D. de legat. III.* re *conjuncti* videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item *verbis*, non etiam re, *Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego*: quoniam semper partes habent legatarii. (d. i. der Testator hat ein für allemal jedem Legatar seinen Theil angewiesen, den er bekommen soll, es trete die Concurrenz ein, oder nicht [22]). Praefertur igitur omnimodo caeteris, qui et *re et verbis* conjunctus est. Quodsi *re tantum* conjunctus

21) S. *Greg.* MAJANSII Diss. cit. §. 35. Tom. II. pag. 79. und *Franc.* SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts 2. B. Nr. I. S. 22. ff.

22) S. MAJANS cit. Diss. §. 9.

junctus sit, constat non esse potiorem. Si vero *verbis* quidem conjunctus est, *re autem non*: Quaestionis est, an conjunctus potior sit. *Et magis est, ut et ipse praeferatur.* Diese letztern Worte setzen offenbar den Fall zum Grunde, daß ausser den verbis conjunctis, noch ein Dritter re conjunctus vorhanden sey, durch dessen Concurrenz beyde verbis conjuncti in ihren Theilen beschränkt werden, weil sonst von einem Vorzuge eines solchen Vermächtnißnehmers, der mit dem Deficienten verbis conjunctus war, gar keine Rede hätte seyn können, wie auch Ramos del Manzano [23]) ganz richtig bemerkt hat.

Die zwente Ausnahme betrifft den Fall, da der Testator ungewisse Theile gemacht hat, welche erst durch Concurrenz bestimmt werden sollen. Solche Theile sind so gut, als gar keine. Man stelle sich hier den Fall vor, daß der Nießbrauch dem A. und einem noch ungebohrnen Kinde zu gleichen Theilen wäre vermacht worden. Hier war es ungewiß, ob nur ein Postumus, oder mehr als einer, oder gar keiner zur Welt kommen würde. Je weniger gebohren wurden, desto mehr wuchs der Theil des Collegatars. Sein Antheil mußte daher auch bis zum Ganzen anwachsen, wenn gar kein Postumus zur Welt kam [24]). Hierher gehört *L.* 16. §. 2. *D. de legat. I.* Si Titio et postumis legatum sit, non nato posthumo, totum Titius vindicabit. Sed et si testator Titio et posthumis *viriles partes*

tes

23) Praelect. cit. P. II. Cap. 4. §. 18. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1524. not. a. pag. 656.

24) S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XLIX. Err. 5. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1067.

tes dari voluisset, vel etiam id expressisset, *totum legatum Titio debetur*, non nato postumo. Ferner *L. 7. pr. D. de rebus dubiis*, wo Gajus die Frage aufwirft: Utrum ita posthumus partem faciat, si natus sit; an et si natus non sit, quaeritur? *Ego commodius dici puto, siquidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto.*

Es ergiebt sich hieraus ferner, daß bloße re conjuncti nur einen Vorzug vor dem Erben; die re und verbis conjuncti hingegen, so wie auch diejenigen, welche anfangs nur verbis conjuncti waren, aber durch nachheriges Hinzurufen eines re conjuncti unter sich re und verbis conjuncti wurden, ein Vorzugsrecht vor allen andern Mitvermächtnißnehmern haben, wenn ihr conjunctus wegfällt [25]). Daß die mixtim conjuncti auch bey dem Ver-

25) S. *Fr. Ramos del* MANZANO Praelect. cit. P. II. cap. 5. bey MEERMAN Tom. VI. pag. 319. und SCHOEMAN im Handb. des Civ. R. 2. B. S. 22. ff. Anderer Meinung ist zwar *Henr. a* SUERIN cit. Tr. bey OTTO T. IV. pag. 103. Allein die *L. 41. D. de legat. II.* redet nicht von verbis, sondern bloß von re conjunctis. Es heißt nämlich daselbst: Maevio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego. Si Seius decesserit, pars eius utrique accrescit, quia cum *separatim* et partes fundi, et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars, quae cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus *separatim* legatus est, accrescat. Hier waren also alle re tantum conjuncti. Also hatte keiner vor dem Andern einen Vorzug, wenn durch das Ausfallen eines derselben das Accrescenzrecht eintrat, sondern der Antheil des Deficirenden accrescirte einem Jeden der beiden übrigen *pro portione legati*; das heißt, wenn sie alle Theil genommen hätten, so würde bey der Ver-

Vermächtniß des Nießbrauchs den Vorzug vor den re conjunctis haben, beweißt insonderheit noch eine Stelle Ulpians, welcher *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* sagt: Idem ait, (sc. *Iulianus*) et si *communi servo*, et separatim Titio usus-fructus legatus sit, amissum ab altero ex sociis usum-fructum non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere, quasi solum conjunctum: quae sententia vera est. Nam, quamdiu vel unus utitur, potest dici usum-fructum in suo statu esse. *Idem est, si duobus conjunctim, et alteri separatim ususfructus esset relictus.* Eben dieses ergiebt sich aus *L.* 7. *D. h. t.* wo Paulus sagt: Si quis *Attio et heredibus suis* usumfructum legaverit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt. Quodsi ita scriptum sit: *Attio et Sejo cum heredibus meis*, tres partes fient: ut unam habeant heredes, tertiam Attius, tertiam Sejus. Nec enim interest, ita legetur, *illi et illi cum Maevio*: an ita, *illi et illi et Maevio.* So wie hier im Concurrenzfalle die Erben des Testirers, als eine juridische Person

Vertheilung der Sache Titius die Hälfte, von den beyden erstern hingegen, nämlich dem Mävius und Sejus, jeder ein Viertel der Sache bekommen haben. Starb nun Sejus, ohne seinen Antheil erworben zu haben, so erhielt davon Mävius einen Theil, und Titius zwey Theile. Ganz anders würde ohnstreitig die Entscheidung ausgefallen seyn, wenn Mävius und Sejus in einem Satz mit einander verbunden worden wären. Hier würde in Absicht auf den vakanten Theil des Sejus, Mävius dem Titius vorgegangen seyn, und nun die ganze Hälfte erhalten, die ihm der Testirer zugedacht hatte, wie *L.* 89. §. 3. *D. de legat.* 3. ausser allen Zweifel setzt. S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmat. Dec. XLIX. Err. 8. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1068.

Person betrachtet, zusammen nur einen Theil am Nießbrauch erhalten, so macht auch diese engere Verbindung, welche unter den zum Nießbrauch mit gerufenen Erben Statt findet, daß wenn einer von den Miterben ausfällt, dessen vakanter Theil nur den übrigen Miterben allein accrescirt [26]). Das Accrescenzrecht hat jedoch nicht nur Statt, wenn mehreren zugleich der Nießbrauch an einer Sache vermacht wird, sondern es tritt auch

II. alsdann ein, wenn dem einen der Nießbrauch, dem andern aber der Fundus selbst vermacht worden ist [27]). Denn daß der Proprietar hier bey dem Nießbrauch mit dem Usufructuar concurrirt, wenn es auch gleich im Testament nicht ausdrücklich gesagt ist, haben wir schon bey einer andern Gelegenheit (S. 167.) bemerkt [28]). Es muß nur das Grundstück nicht ausdrücklich mit Ausnahme des Nießbrauchs vermacht worden seyn [29]). (S. 188. f.) Mehrere hierher gehörige Stellen sind schon an den angeführten Orten abgedruckt worden, welche dort nachgesehen werden können. Hier verdienen noch folgende einen Platz.

L. 9. *D. h. t.* sagt: Si proprietas [30]) fundi duobus, usufructus uni legatus sit, non trientes in usufructu habent:

26) S. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 843. not. 745. g. pag. 579. not. a.

27) *L.* 3. *§.* 2. *D. h. t.*

28) *L.* 19. *D. de Usu et usufr. leg.*

29) *L.* 6. *§.* 1. *D. h. t.*

30) IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. pag. 64. findet das Wort *proprietas* hier anstößig. Er meint fundus und proprietas fundi seyen ganz verschieden. Beydes sey aber hier durch einen Irr-

habent: sed semissem duo, semissem fructuarius. Item contra, si duo fructuarii, et unus fundi legatarius sit [31]). Hier ist zwar nur von der Vertheilung des Nießbrauchs die Rede, wenn alle concurriren. In diesem Falle sollen nämlich die beyden Proprietare zusammen nur die eine Hälfte des Nießbrauchs erhalten, weil sie ihrer Verbindung wegen gleichsam nur eine juridische Person ausmachen. Das Accrescenzrecht aber ist ohnehin unter ihnen ausser Zweifel. Denn Ulpian hatte schon vorher *L.* 3. §. 2. *D. h. t.* ausdrücklich gesagt: Non solum autem, si duobus usufructus legetur, est ius adcrescendi; *verum et si alteri ususfructus, alteri fundus legatus est.* Es lassen sich nun hier folgende Fälle gedenken, wenn das Accrescenzrecht eintritt. 1) Es fällt einer von den Proprietaren aus. Hier accrescirt desselben Antheil nur dem andern Proprietar allein, denn sie sind als mixtim conjuncti zu betrachten. Der Usufructuar nimmt daran keinen Theil, weil mixtim conjuncti

Irrthum verwechselt. Die Entscheidung passe nur auf den Fall, wenn dem einen der fundus, dem andern der Nießbrauch daran vermacht worden. Nur in diesem Falle nähmen beyde am Nießbrauch Antheil. Allein unter *proprietas* wird hier ohne Zweifel plena proprietas fundi cum usufructu conjuncta verstanden, wie auch schon POTHIER in Pand. Iustin. T. II. Tit. de legatis. Nr. CCCCXXV. not. c. bemerkt hat. In der *L.* 26. *§. 1. D. de Usu et Usufr. leg.* wird das Wort *proprietas* eben so gebraucht. In den Basiliken T. II. p. 271. steht δεσποτεία.

31) Das nämliche wird *L.* 26. *§. 1. D. de Usu et Usufr. leg.* wiederholt, wo es heißt: Si fundus duobus, alii ususfructus legatus sit, non trientes in usufructu, sed semisses constituuntur. Idemque est ex contrario, si duo sint fructuarii, et alii proprietas legata est. *Et inter eos tantum adcrescendi ius est.*

junctis den re conjunctis beym Anwachsungsrechte vorgehen [32]). Eben so würde es auch in dem umgekehrten Falle seyn, wenn zweyen der Nießbrauch, und einem Dritten das Grundstück wäre vermacht worden, wie in der *L.* 26. §. 1. *D. de usu et usufr. leg.* ausdrücklich gesagt wird. 2) Beyde Proprietare fallen aus. Hier kommt dem Usufructuar das ius non decrescendi zu statten. 3) Es descirt der Usufructuar. Hier sollte man glauben, es trete nun die Consolidation ein, wodurch der Nießbrauch die Eigenschaft des usustructus formalis verliert. Allein so ist es nicht, sondern der vakante Nießbrauch fällt ebenfalls den Proprietaren vermöge des Anwachsungsrechtes zu. Ulpian sagt dies ganz deutlich *L. cit.* 3. §. 2. *h. t.* Nam amittente usumfructum altero, cui erat legatus, *magis iure accrescendi ad alterum pertinet*, *quam redit ad proprietatem.* Dieß hat die Folge, daß der vermachte Nießbrauch nicht nur mit allen vom Testirer darauf gelegten Lasten accrescirt, welche bey einer Consolidation wegfallen würden [33]); sondern daß auch das Accrescenzrecht selbst unter den Proprietaren nicht erlöscht, wenn einer vor dem andern stirbt, oder sonst den Nießbrauch verliert. Das letztere bestärkt Ulpian *L.* 3. §. 2. *h. t.* durch folgendes Argument: Nec novum, sagt er, nam et si duobus ususfructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, (z. B. der Erbe hat demselben das Eigenthum durch Kauf oder Schenkung überlassen) *ius accrescendi non perit*, neque

32) S. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 843. not. 745. g. pag. 579. not. b.

33) S. WESTPHAL cit. lib. §. 624. not. a. pag. 406.

que ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo. *Et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet* 34).

Ist dem Legatar der Proprietät der Nießbrauch mit mehreren andern zugleich ausdrücklich vermacht worden, so bekommt der Proprietar im Falle der Concurrenz mit den übrigen Usufructuarien einen gleichen Theil, und deficirt einer derselben, so wird das vakante Drittel unter die beyden übrigen auf gleiche Art vertheilt, so daß jeder derselben durch das Accrescenzrecht nun die Hälfte des Nießbrauches erhält 35). Dieses Anwachsungsrecht hat auch dann noch Statt, wenn gleich der legatarius proprietatis die Proprietät, mit Vorbehalt des Nießbrauchs, an einen Dritten veräußert hätte 36). Denn durch diese Alienation konnte

34) *Henr.* a SUERIN de Usufr. accrescendo bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 107. meint zwar, das ließe sich nicht füglich mehr behaupten, weil nach *L. 5. D. de Usufr.* der Nießbrauch durch Consolidation sich auch pro parte endige. Der Usufructuar brauche also seinen Theil am Nießbrauche, der einmal mit der erworbenen Proprietät wäre consolidirt worden, nicht zu restituiren, wenn in seiner Person ein solcher Grund eintritt, wodurch sonst der Nießbrauch verloren geht. Allein die Gesetze sagen es ja deutlich genug, daß durch die Consolidation das Accrescenzrecht nicht aufgehoben wird. Man sehe auch *L. 6. pr.* verglichen mit *L. 5. D. h. t.*

35) *L. 4. D. h. t.* Siehe oben S. 167. ff.

36) *L. 5. D. h. t.* sagt: Etsi tradideris alicui proprietatem, *deducto usufructu*, nihilominus putat *Iulianus*, adcrescere: *nec videri novum tibi adquiri usumfructum.* Die Worte: *deducto usufructu* hält Cujaz für überflüßig, und will sie als ein unnützes Glossem ausgestrichen wissen. Ihm folgt auch POTHIER in

konnte er den übrigen Collegataren in Ansehung des ihnen von dem Erblasser zugedachten Nießbrauchs nicht präjudiciren, cum res inter alios acta aliis nec noceat nec prosit. Man kann auch nicht sagen, daß der Proprietar dadurch, daß er sich bey der Veräußerung den Nießbrauch vorbehielt, einen von dem vorigen verschiedenen Nießbrauch acquirirt hätte, an welchem den beyden andern Usufructuaren

in Pandect. Iustin. h. t. Nr. IV. not. b. Er sagt, wenn sich auch der Proprietar den Nießbrauch nicht vorbehalten hätte, so würde dennoch das Accrescenzrecht Statt haben. Ich trage Bedenken, ihnen hierin beyzustimmen. Sie haben ganz Recht, daß auch ohne Vorbehalt des Nießbrauchs das Accrescenzrecht fortdauernd bleiben würde. Allein es war gerade in dem Falle zweifelhaft, da sich der Proprietar den Nießbrauch vorbehalten hatte, ob nicht dieser Vorbehalt als eine **neue Erwerbung des Nießbrauchs** anzusehen sey, wodurch die Verbindung mit den übrigen Collegataren aufgehoben werde, und folglich auch das Accrescenzrecht erloschen sey. Diesen Zweifel hebt hier **Ulpian**, wenn er sagt: *nec videri novum tibi adquiri usumfructum.* Gar keinen vernünftigen Sinn würden diese Worte haben, wenn man *deducto usufructu* wegstreichen wollte, mit welchen sie in der genauesten Verbindung stehen. Noch einen andern Beweis geben uns die *Basilica* Lib. XVI. Tit. 2. h. L. 5. wo es ausdrücklich auch heißt: Καὶ ἐὰν παραδώσω τινὶ ψιλὴν τὴν δεσποτείαν, σώζεταί μοι ἡ προσαύξησις τῆς χρήσεως τῶν Καρπῶν. i. e. Et si tradidero alicui *nudam proprietatem*, vacans portio ususfructus mihi accrescit. Nur den Sinn der letzten Worte **Ulpians** haben die Verfasser der Basiliken nicht richtig getroffen. Ueberhaupt mag auch wohl die unrichtige Trennung der Worte durch das Comma, welches in einigen Ausgaben der Pandecten nach dem Wort *novum* steht, die neuern Ausleger zu jener gewagten Critik veranlaßt haben. Man s. *Ant.* FABER Rational. ad h. L.

ren kein Recht mehr zustehe[37]). Eben so wenig präjudicirt der Proprietar sich selbst durch die Veräußerung der Proprietät, in Rücksicht des ihm zustehenden Accrescenzrechtes, weil der Vorbehalt des Nießbrauchs nicht als eine neue Erwerbung desselben anzusehen ist, wodurch die Verbindung mit den übrigen Collegataren aufgehoben wird.

Das Accrescenzrecht beym Nießbrauche hat übrigens folgende dasselbe auszeichnende Eigenheiten.

1) Es findet auch noch nach der actuellen Concurrenz der Mitvermächtnißnehmer Statt, und auch der schon erworbene Antheil bleibt diesem Rechte noch unterworfen, wenn ihn nachher der Collegatar wieder verliert[38]). Der Grund liegt theils in der Natur des Nießbrauchs, welcher, als ein ganz persönliches Recht, nicht vererbt wird; theils in dem stillschweigenden Willen des Erblassers, welcher auf jeden Fall jedem der Collegatare das Ganze vor dem Erben zudachte, wenn sie sich auch gleich vor der Hand untereinander durch Concurrenz im Genuß beschränkten. Daher muß ein jeder der zu demselben Nießbrauche gerufenen Collegatare, wenn er auch schon seinen Antheil bisher genossen hatte, dennoch, wenn er nachher sein Recht verliert, immer noch eben so angesehen werden, als wenn er gleich anfangs deficirt hätte. So muß man sich dieses besondere Recht erklären, wie Gregor Majansius[39]) vortreflich gezeigt hat.

2) Zu-

37) WESTPHAL §. 624. not. b. pag. 407.

38) *L. 1. §. 3. D. h. t.*

39) Cit. Diss. XXXVIII. §. 37. Tom. II. pag. 82. sq. Es ist gleichviel, ob der Nießbrauch, den der Collegatar bereits erwor-

2) Zuweilen accrescirt der Nießbrauch nur auf eine Zeit, und muß sodann dem Collegatar wieder restituirt werden [40]). Dieß ist der Fall,

a) wenn dem einen der Nießbrauch unbedingt, dem andern unter einer Bedingung vermacht worden ist. Hier hat jener, bis die Bedingung existirt, den Nießbrauch vom ganzen Grundstück. Ulpian sagt *L. 6. §. 2. D. h. t.* Si mihi usus fructus fundi pure, tibi sub conditione legatus sit: potest dici totius fundi usumfructum ad te interim pertinere. Et si capite minutus fuero, totum amittere. Sed si extiterit conditio, totum usumfructum ad te pertinere, si forte capite deminutus sum. Caeterum cum in meo statu maneo, communicandum usumfructum.

b) Wenn der Nießbrauch mehreren auf eine solche Art vermacht worden ist, daß er ihnen zu aller Zeit, in jedem Jahre, in jedem Monat und jedem Tage zustehen soll. Hier geht der Nießbrauch immer nur für die Zeit verlohren, da man keinen Antheil daran nehmen konnte, und der Andere hat unterdessen den ganzen Nießbrauch [41]).

worden hatte, in seiner Person durch den Tod, oder durch Capitisdeminution oder durch Nichtgebrauch verlohren geht. Nur in Ansehung der Cession ist ein Unterschied zu machen, ob sie an den Proprietar oder an einen Extraneus geschehen ist. Nur in dem ersten Falle kann ein Accrescenzrecht eintreten, nicht aber in dem letztern, weil hier die Handlung nichtig ist, welche hingegen in dem ersten Falle dem Nießbrauche ein Ende macht. *§. 3. I. de Usufr.* S. MAJANSIUS cit. Diss. §. 41.

40) SUERIN de usufr. accresc. pag. 109.

41) *L. 1. §. 3. D. Quib. mod. usufr. amit.* S. SUERIN c. l.

Denn eine solche Zeitbestimmung hat die Wirkung einer auf den Fall des Verlusts geschehenen Wiederholung des Vermächtnisses [42]). Wäre hingegen der Nießbrauch mehreren auf eine solche Art vermacht worden, daß ihn ein jeder ein Jahr um das andere (alternis annis) haben soll, so findet kein Accrescenzrecht Statt, sondern wenn einer von beyden Usufructuaren stirbt, so fällt nun der Nießbrauch in dem Jahre, da ihn der Verstorbene hatte, an den Proprietar zurück, mit welchem jetzt der überlebende Usufructuar alternirt. Anders wäre es, wenn beyde Usufructuare nicht unter sich, sondern mit dem Erben alterniren sollten. Hier würde unter den Usufructuarien allerdings das Accrescenzrecht Statt haben, wenn in dem Jahre, da sie den Nießbrauch gemeinschaftlich haben, einer von beyden ausfällt [43]). Eine solche Conjunction der Legatare, wie hier vorhanden ist, findet in jenem Falle nicht Statt, wo jeder derselben, wenn ihn die Reihe trifft, den Nießbrauch ein ganzes Jahr, ohne Concurrenz des Andern, allein hat. Es gehört hieher die Stelle Ulpians *L. 2. pr. D. Quib. mod. usufr. amitt.* wo es heißt: Si duobus separatim, *alternis annis*, usufructus relinquatur, *continuis annis* [44]) proprietas nuda est: cum si legata-

42) *L. 2. §. 1. D. eodem.*

43) S. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 2. pr. D. Quib. mod. ususfr. amitt.

44) *Continui anni* werden hier den *annis alternis* entgegen gesetzt, und soll damit soviel gesagt werden, der Proprietar müsse hier ohne Abwechselung der Jahre den Nießbrauch so lange entbehren, als derselbe unter den Usufructuaren alternirt.

gatarium unum substituas[45]), cui alternis annis legatus sit usufructus, plena sit apud heredem proprietas eo tempore, quo ius fruendi legatario non est. Quodsi ex duobus illis alter decedat, per vices temporum plena proprietas erit. Neque enim adcrescere alteri quidquam potest, *quoniam propria quisque tempora, non concurrente altero, fructus integri*[46]) *habuit.*

T 4 3) Der

45) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. erklärt das *substituas* von einem solchen Fall, wo den alternirenden Usufructuarien ein Dritter im Testamente substituirt worden ist. Dieser müsse nachher mit dem Erben alterniren. Allein diese Erklärung ist offenbar unrichtig. Papinian will nur soviel sagen, wenn man sich den Fall gedenkt, daß nur Einem der Nießbrauch alternis annis vermacht worden, so alternire der Usufructuar mit dem Erben. Diese Erklärung bestärken auch die *Basilica Lib. XVI. Tit. 4. Tom. II. pag. 274.* wo es nach der Fabrotischen Version heißt: *Si vero uni tantum legatus sit usufructus alternis annis, sequenti anno plena proprietas apud heredem erit.* Der Legatar wird also hier den Anfang machen, und erst das folgende Jahr hat den Nießbrauch der Erbe. Ist zweyen der Nießbrauch dergestalt vermacht worden, daß sie ihn alternis annis haben sollen, so macht der Legatar den Anfang, den der Testirer zuerst genannt hat. *L. 34. pr. D. de Usufr.*

46) Haloander, Baudoza, und mehrere Ausgaben lesen: quoniam *per* propria quisque tempora, non concurrente altero, fructus *integros* habuit. So liefet auch der Codex Pand. Mspt. membranac. den die hiesige Universitäts-Bibliothek besitzt. Diese Lesart, welche, wie die Gebauerische Ausgabe bezeugt, mehrere Codices bestätigen, ist wohl unstreitig richtiger, als die florentinische, obwohl Brenkmann sie vertheidiget, und das integri durch integrae rei erklärt.

3) Der Nießbrauch kann zuweilen auch dem noch accresciren, der seinen Antheil daran durch richterliches Urtheil, oder durch Nichtgebrauch oder auf andere Art verlohren hat, sofern nur die persönliche Rechtsfähigkeit des Usufructuars dabey unverändert bleibt; weil er nicht der Portion, sondern der Person zuwächst. Es verdienen hier folgende Stellen bemerkt zu werden.

L. 33 §. 1. *D. de usufr.* Usumfructum in quibusdam casibus non partis 47) effectum obtinere convenit:

47) Statt *partis* haben Haloander, Baudoza, und der Cod. Pand. Erlang. *proprietatis*. Die *Basilica* Lib. XVI. Tit. 1. L. 34. bey Fabrotus T. II. pag. 258. suppliren das Wort *dominii*. Es heißt nämlich daselbst: Εν τισι θέμασιν ὀυκ ἔοικεν ἡ χρῆσις τῷ μέρει τῆς δεσποτείας. d. i. In quibusdam casibus ususfructus non est similis *parti dominii*. Man sieht aus dem ganzen Zusammenhange, daß Papinian den Unterschied zwischen den zwey Fällen in Absicht auf das Accrescenzrecht zeigen will, ob mehreren ein fundus, oder der ususfructus fundi vermacht worden ist. In jenem Falle kommt demjenigen, der seinen Antheil am Grundstück durch den unglücklichen Ausgang eines darüber entstandenen Processes verlohren hat, kein Accrescenzrecht mehr zu, wenn nachher der andere Theil des Grundstücks vakant wird. Denn hier kann nur portio portioni adcresciren. Der Nießbrauch, der sonst, wie Paulus lehrt *L.* 4. *D. de Usufr.* in vielen Stücken die Natur des Eigenthums nachahmt, (Ususfructus in multis casibus *pars dominii* est, S. oben §. 165.) hat hier nicht gleiche Eigenschaft und Wirkung mit der Proprietät. So sind die Worte *non partis effectum obtinere* in Verbindung mit der *L.* 4. *cit.* zu erklären wenn man nicht der Leseart *proprietatis* den Vorzug lassen will. Wenn also mehreren der Nießbrauch zusammen vermacht worden ist, und einer von diesen hätte auch durch einen ungerechten Richter-

venit: unde si fundi vel fructus portio petatur, et absolutione secuta postea pars altera, quae adcrevit, vindicetur; in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare, scribit *Iulianus*; quoniam portio fundi, velut alluvio, portioni, personae fructus adcresceret.

L. 10. *D. de usufr. adcresc.* Interdum pars ususfructus et *non habenti partem suam*, sed *amittenti* adcrescit. Nam si ususfructus duobus fuerit legatus, et alter, lite contestata, amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit: *partem dimidiam duntaxat, quam amisit, qui litem contestatus est, adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur: pars enim collegatarii ipsi adcrescit, non domino proprietatis; ususfructus enim personae adcrescit, etsi fuerit amissus.*

Es ist nöthig, diese Stelle mit einigen Bemerkungen zu begleiten, denn man hält sie für eine der dunkelsten. Die Ausleger sind nämlich darüber nicht einig, wer in dem Falle, wovon diese Gesetzstelle spricht, eigentlich derjenige sey, dem die Portion des andern accrescirt? ob es derjenige sey, welcher litem contestirt hatte, oder der andere Collegatar, welcher in diesen Prozeß nicht mit verwickelt war.

Richterspruch seinen Antheil verlohren, so bleibt ihm doch noch sein Accrescenzrecht, wenn von den Collegatären einer ausfällt, und es kann ihm hier die exceptio rei iudicatae nicht entgegengesetzt werden. S. *Marc.* LYCKLAMA *a Nybolt* Membranar. Lib. VII. Eccl. 29. §. 2. Volum. 2. p. 337. sqq. POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XI. not. f. g. h. pag. 239. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 866. not. a. p. 599.

war. Denn einer hatte, wie der andere, seinen Antheil am Nießbrauch verlohren.

Cujaz[48], mit dem auch Anton Faber[49]) und Voet[50]) übereinstimmen, stellt den Fall, den die angeführte Stelle enthält, auf folgende Art dar. Dem A und B ist der Nießbrauch vermacht, A klagt deshalb gegen einen, den er für den Besitzer hält, der es aber nicht ist, ob er gleichwohl sich auf die Klage einläßt, (qui se liti obtulit). A verliert aber den Prozeß, und hierdurch seinen Antheil am Nießbrauch. Bald darauf verliert auch der Collegatar B seinen Nießbrauch, z. B. durch Nichtgebrauch. Hier werde zwar der Antheil des B nicht dem A accresciren, sondern an den Proprietar zurückfallen; allein B werde vermöge des Accrescenzrechtes den Theil, welchen A verlohren hat, abfordern können. Denn der liti se offerens könne ihn nicht erworben haben, wenn er gleich den Prozeß gewann; aber auch der wahre Besitzer habe keinen Anspruch daran. Er gebühre also keinem andern, als dem Collegatar B und diesem um so mehr, weil er damals, als ihm der Antheil des A accrescirte, seinen Antheil noch nicht verlohren hatte. Allein dieser Fall paßt gar nicht zur Entscheidung des Gesetzes. Das Gesetz will zeigen, inwiefern ein Theil des Nießbrauchs dem Collegatar accresciren könne, der seinen Antheil damals nicht mehr besaß, sondern bereits verlohren hatte. Nach dem vorgetragenen Falle aber accrescirte ja die Portion des A dem B, als dieser seinen Theil noch hatte.

Ganz

48) Observat. et Emendat. Lib. IX. cap. 11.

49) Rational. in L. 10. D. h. t.

50) Commentar. ad Pand. h. t. §. 2.

Ganz anders erklären Majansius[51]) und Pothier[52]) diese Stelle. Nach ihrer Ansicht accrescirte der Theil, welchen derjenige verlohren hatte, der mit dem fictus possessor in einen Prozeß gerathen war, nicht dem andern Collegatar, sondern fiel an den Proprietar zurück. Dahingegegen wäre dem erstern derjenige Theil des Nießbrauchs vermöge des Accrescenzrechts angewachsen, welchen der andere, in den Prozeß nicht mit verwickelt gewesene, Collegatar auch seiner Seits verlohren hat. Dieser Theil werde durch die Worte: *partem dimidiam duntaxat, quam amisit,* angedeutet, welche nicht mit den nachfolgenden Worten: *qui litem contestatus est*, zu verbinden wären, sondern auf das Vorhergehende: collegatarius, qui litem contestatus non erat, sich bezögen. Denn die nachfolgenden Worte: qui litem contestatus est adversus eum etc. seyen nicht das Relativ von amisit, sondern drückten hier das Subject aus, dem das Accrescenzrecht in dem gegenwärtigen Falle zustehe. Man müße also nach dem Worte *amisit* duo puncta setzen, oder so lesen: partem dimidiam, quam amisit, qui litem contestatus non est, is, qui litem contestatus est, adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur. Hieraus sey zu erklären, sagt Majansius, warum die Worte: *qui litem contestatus est*, in einigen Codicibus negativ, in andern affirmativ gelesen würden[53]). Darin aber weichen beyde Ausleger von einander

51) Disputat. iuris civ. Tom. II. Disput. XXXVIII. §. 46. pag. 93. sq.

52) Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XI. not. e. pag. 239.

53) Ich erinnere mich nicht, eine solche Variante irgend wo gefunden zu haben. Unser Codex Pand. Erlang. lieset wie die Vul-

ander ab, daß Pothier unter possessor, den Gegner versteht, mit welchem derjenige Collegatar, dem hier das Accrescenzrecht zusteht, in Prozeß verwickelt war; **Majansius** aber den Proprietar. Durch diese Erklärung ist zwar das Subject, dem in dem gegebenen Falle das Accrescenzrecht zusteht, richtiger bezeichnet, als durch die Cujazianische; übrigens aber der Fall doch nicht ganz richtig dargestellt, wie sich nachher ergeben wird.

Ulrich Huber [54]) nimmt auch den Fall an, daß derjenige Collegatar, welcher seines Nießbrauchs wegen geklagt hatte, den Prozeß verlohren habe, entweder durch ungerechtes Urtheil des Richters oder durch Capitisdeminution, oder durch Präscription. Diesem accrescire aber dennoch der Antheil des andern, der nicht litem contestirt hatte, und denkt sich mit der Glosse nach *amisit* die Worte: *qui litem contestatus non erat*. Diesen Theil erhalte derjenige, welcher den Prozeß verlohren hatte, vom Proprietar. Er fügt noch folgenden Grund hinzu, warum dem Collegar, qui litem cum ficto possessore contestatus est, das Accrescenzrecht in dem vorliegenden Falle zustehe. *Etsi enim ille*, sagt er, *partem usufructus sibi relictam, consecutus non est, vere tamen esse potest usufructuarius; quia sententia, quae ipsi adversa fuit, non est modus amittendi*

Vulgata. Auch ist in dem Gebauerischen Corp. iuris hierüber nichts bemerkt worden. In der glossirten Ausgabe wird blos angemerkt, man solle nach amisit, in Gedanken die Worte hinzufügen: *qui non est contestatus*. Die Glosse erklärt also schon längst eben so, wie Majansius.

54) Eunom. Rom. ad L. 16. h. t. pag. 339. sq.

tendi usumfructum, vel ponendum est, priorem usufructus partem ei non fuisse negatam, quod pars usufructus ei legata non esset, verum per capitis deminutionem aut per praescriptionem; quibus casibus non desiit esse legatarius, ideoque nec amisit accrescendi ius, etsi parte sibi legata exciderit. Allein diese ganze Erklärung ist eben so irrig, wie die vorhergehenden.

Glücklicher hat den Sinn dieser schwierigen Stelle unstreitig Heinrich von Suerin[55]) getroffen, dem auch Westphal[56]) den Vorzug einräumt. Er stellt sich den Fall so vor. Dem Sempron und Titius ist der Nießbrauch eines Grundstücks conjunctim vermacht. Nachdem sich beyde Collegatare in den Nießbrauch getheilt hätten, verliert Sempron den Besitz seines Antheils. Er sieht sich deshalb zu klagen genöthiget, und kommt an einen Gegner, der sich für den Besitzer ausgiebt, und sich mit dem Kläger auf den Prozeß einläßt, ob er gleich der wahre Besitzer nicht war. Durch diesen Prozeß an der Verfolgung seines Rechts gegen den wahren Besitzer gehindert, verliert Sempron seinen Antheil am Usufruct durch Nichtgebrauch[57]). Daß dieser Theil nicht dem Collegatar accrescire, sondern an den Proprietar zurückgefallen sey, war hier ausser Streit. Unterdessen verlohr auch Titius, noch während jenes Prozesses, seinen Antheil durch Capitisdeminution

55) Quaestion. de usufr. accrescendo lib. sing. pag. 116. sqq.

56) De lib. et servit. praed. §. 866. not. b. pag. 660.

57) Daß hier blos der Fall von einem Verlust des Usufructs durch Nichtgebrauch zum Grunde zu legen sey, hat SUERIN c. l. pag. 119. ausführlich bewiesen

nution oder den Tod[58]). Sempron gewann nachher den Prozeß wider seinen falschen Gegner, und dieser ward zur Leistung des Interesse verurtheilt. Jetzt entstand die Frage, was der fictus possessor zur Schadloshaltung des Klägers zu prästiren schuldig sey? den ganzen Nießbrauch, oder nur den Theil desselben, welchen der Kläger wegen des Prozesses durch Nichtgebrauch an den Proprietar verlohren hat? Dies ist die eigentliche Streitfrage, worauf sich Ulpians Entscheidung bezieht. Es ergiebt sich dieß ganz deutlich aus der Vergleichung der *L.* 5. *D. Si usufr. petet.* Beyde Stellen sind aus ULPIANI *libro* 17. *ad Edictum* genommen, und haben wahrscheinlich zusammen gehört. In der *L.* 5. heißt es §. 5. Sed et si forte *tempore* usufructus *amissus* est, alio quidem possidente, alio autem *liti se offerente*, non sufficit, *eum usumfructum iterum renovare*: verum cavere quoque eum de evictione usufructus oportet. Quid enim, si servum aut fundum is, qui possidebat, pignori dedit, isque ab eo, qui pignori accepit, iure uti prohibetur? Debebit itaque habere cautum. Wäre über eine körperliche Sache gestritten worden, so müßte der falsche Besitzer ohne Zweifel auch alle Accession prästiren. Allein in dem vorliegenden Falle, wo vom usufructu accrescendo die Rede war, respondirt Ulpian ganz anders. Seine Entscheidung gehet dahin. Der fictus possessor dürfe nur den Theil des

58) Ein Verlust durch Nichtgebrauch kann hier darum nicht angenommen werden, weil sonst der Antheil des andern Collegatars dem Proprietar anheimgefallen wäre. Denn soweit der Usufructus durch Nichtgebrauch verlohren geht, fällt er an Proprietar zurück, und das ius accrescendi tritt hier nie ein. *L.* 25. *D. Quib. mod. usufr. amitt.* SUERIN c. l. pag. 120. sqq.

des Nießbrauchs prästiren, welchen der Kläger wegen des ihm verursachten vergeblichen Prozesses an den Proprietar verlohren hat. Denn nur darüber war der Streit. Wegen des andern Theils, den der andere Collegatar während des Prozesses verlohr, bleibe dem Kläger ohnehin sein Accrescenzrecht; weil der Nießbrauch nicht der Portion, sondern der Person accrescirt, und daher noch dann anwächst, wenn auch der eigne Theil des Nießbrauchs verlohren worden, wofern nur der Usufructuar nicht aufgehört hat, ein rechtsfähiges Subject zu seyn.

Man muß sich in der That verwundern, wie diese großen Rechtsausleger hier eine Quelle haben unbenutzt lassen können, welche sonst Cujaz so treflich zu benutzen weiß, um über die dunkelsten Stellen des justinianeischen Gesetzbuches oft das helleste Licht zu verbreiten. Ich meine die Basiliken, welche uns hier einen neuen Beweis geben, welch ein vortrefliches Hülfsmittel dieselben bey der Erklärung der römischen Gesetze sind. Nur diese sind es, welche uns über die *L.* 10. *h. t.* den besten Aufschluß geben, und aber auch zugleich von den ganz unrichtigen Ansichten der meisten Ausleger, den Cuacin ausgenommen, überzeugen werden. In den Basiliken[59]) lautet unsere Stelle so: Καὶ τῷ ἀπολέσαντι τὸ ἴδιον μέρος, ἔσθ' ὅτε γίνεται προσαύξησις· ἐὰν γὰρ ἐμοὶ καὶ σοὶ ληγατευθῇ χρῆσις καρπῶν, καὶ κωλυόμενος ἐγὼ ἐναγάγω, καὶ μετὰ προκάταρξιν ἀπολέσω τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν, εἶτα καὶ σὺ ἀπολέσῃς τὸ μέρος σου, καὶ νικήσω, τὸ μέρος μόνον ὅπερ ἀπώλεσα ἀποκαθίστησί μοι ὁ πρὸς με δικασάμενος. τὸ γὰρ σὸν μέρος δικαίῳ προσαυξήσεως λαμβάνω. i. e. *Interdum partem suam amittenti, pars usus-fructus accrescit: si enim mihi, et tibi ususfructus legatus sit,*

59) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 2. pag. 271.

sit, et ego uti frui prohibitus usumfructum petam; si post litem contestatam usumfructum amisero, deinde tu portionem tuam amiseris, et causam obtinuero, partem duntaxat, quam amisi, restituet mihi is, cum quo litigavi: partem enim tuam iure accrescendi capiam. Diese Stelle, welche uns den besten Commentar giebt, wird nun, wie ich hoffe, alle Schwierigkeit hinlänglich heben.

Noch eine dritte Stelle über den Satz, daß der Nießbrauch nicht der Portion, sondern der Person accrescire, verdient hier angeführt zu werden. *L.* 14. §. 1. *D. de except. rei iudic.* wo Paulus sagt: Qui, cum partem ususfructus haberet, totum petit: si postea partem adcrescentem petat, non summovetur exceptione: *quia ususfructus non portioni, sed homini adcrescit.*

4) Auf keinen Fall erwirbt man jedoch durch das Accrescenzrecht den Theil des Nießbrauchs wieder, den man einmal verlohren hat, wofern er nicht auf den Fall des Verlustes wiederholt vermacht worden ist. Es kann auch der Collegatar durch das Anwachsungsrecht nie mehr erhalten, als ihm der Erblasser zugedacht hat. Daher ist das Accrescenzrecht bey den Vermächtnissen nicht immer reciproc. Folgende, obwohl ebenfalls sehr schwierige Stelle, wird dieses bestätigen. Ulpian sagt *L.* 3. §. 2. *D. Quib. mod. ususfr. amitt.* Idem PAPINIANUS quaerit, si *Titio* et *Maevio* usufructu legato, in repetitione ususfructus non totum, sed partem Titio relegasset: an viderentur conjuncti? Et ait, si quidem Titius amiserit, totum socio adcrescere: quod si Maevius amisisset, *non totum adcrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire.* Quae sententia habet

ratio-

rationem. Neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum, et resumit, etiam ipsi quicquam ex usufructu adcrescere: placet enim nobis, *ei, qui amittit usumfructum, ex eo, quod amittit, nihil adcrescere.*

Die meisten Rechtsgelehrten haben diese Stelle ganz unrichtig verstanden. Ich will hier zur Probe nur die Erklärung ausheben, welche **Westphal**, nachdem er, wie er selbst sagt, lange darüber nachgedacht hat, in seinem klassischen Werk von Servituten [60]), davon giebt. Dem **Titius** und **Mävius** ist der Nießbrauch eines Grundstücks ohne Theilung vermacht, und zugleich vom Testirer verordnet worden, daß wenn etwa Titius den Nießbrauch durch Capitisdeminution verlieren sollte, ihm auf diesen Fall die Hälfte, oder auch ein geringerer Theil, z. B. ein Drittel oder Viertel am Nießbrauch wiederholt vermacht seyn solle. Der Fall der Repetition tritt ein. Stirbt nachher **Titius**, so accrescirt der ihm wiederholt vermachte Antheil ohne Zweifel dem **Mävius**. Denn diesem war gleich Anfangs der ganze Nießbrauch vermacht, als welcher blos bisher durch die Concurrenz des **Titius** war beschränkt worden. Allein wenn **Mävius** stirbt, und **Titius** ihn überlebt, findet da ein Accrescenzrecht Statt? Hier soll **Westphal** selbst reden, denn ich muß bekennen, daß mir seine Erklärung unbegreiflich ist: *Ad hunc*, sc. *Titium*, sagt er, *non redit id, quod ex ipsius portione semisse est delibatum per capitis deminutionem, quia hoc in perpetuum est amissum, redit tamen id, quod Maevius praeterea habuit, ante*

60) §. 862. Not. 760.

ante ius accrescendi ab ipso exercitum. Proprie Titio nihil deberet accrescere. Non enim concursu Maevii ipsi aliquid ex suo est decerptum, cum partem tantum testator ipsi nominatim assignaverit. Quia tamen Maevio sine partibus est relictum, isque sine dubio ius accrescendi habet, hoc ius vero solet esse reciprocum; singulari modo receptum est, ut Titio sub his conditionibus accresceret. Soviel sieht man wohl, daß **Westphal** auch hier ein reciprokes Anwachsungsrecht annimmt. Wie aber ein solches auf Seiten des **Titius** wegen des ihm ex relegato zustehenden Antheils Statt haben könne, ist unbegreiflich, da **Ulpian** es so deutlich und zu wiederholtem Male sagt, daß demjenigen, der den Nießbrauch einmal verlohren hat, davon durchaus nichts weiter accrescire, sondern derselbe sich mit dem ihm relegirten Theile begnügen müsse.

Dagegen verdient die Erklärung des **Heinrich von Suerin** *) bey weitem den Vorzug. Er glaubt, **Papinian** habe hier folgenden Fall vorgetragen. Dem Titius und Mävius wird der Nießbrauch eines Grundstücks vermacht. Der Testirer fügt jedoch die Clausel bey: Sollte etwa Titius eine Capitisdeminution, und hierdurch einen Verlust an seinem Rechte erleiden, so vermache ich ihm auf solchen Fall die Hälfte des Nießbrauchs vom gedachten Grundstück. Es ist zu bemerken, daß das Wort pars, wenn keine Portion bestimmt ist, nach dem römischen Sprachgebrauche, wie **Ulpian** 61) lehrt, die Hälfte vom Ganzen anzeigt. Diese Erklärung wird auch, wie ich noch hinzufüge, vorzüglich

*) Dd usufructu accresc. bey OTTO T. IV. pag. 110.

61) *L. 164. §. 1. D. de Verb. Signif.*

zugleich durch die Basiliken[62] bestärkt, in welchen das Wort pars durch *semissis* erklärt ist. Es entsteht nun die Frage, ob und in wiefern das Anwachsungsrecht hier Statt finde? Papinian entscheidet diese Frage auf folgende Art. Wenn Titius, nachdem er seinen halben Nießbrauch durch Repetition des Vermächtnisses wieder erhalten hatte, stirbt, so accrescirt dem Mävius das Ganze. Denn er ist unstreitig ein re conjunctus des Titius, da ihm der ganze Nießbrauch vermacht ist, und er bisher blos durch die Concurrenz des Titius in seinem Rechte beschränkt wurde. Wenn hingegen Mävius gestorben wäre, oder eine Capitisdeminution erlitten hätte, so findet gar kein Accrescenzrecht Statt; (*non totum socio accrescere*) sondern Titius behält den Theil, den er ex relegato vom Nießbrauch wieder erhalten hat, der Theil des Mävius hingegen fällt an den Proprietar zurück. So erklärt von Suerin ganz richtig die fast von allen mißverstandenen Worte: *sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire.* Das Wort *redire* in Beziehung auf den Titius heißt also hier soviel als *manere*,

 relin-

62) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 4. pag. 275. Hier lautet die L. 9. §. 2. cit. so: Ἐὰν ληγατεύσω Πέτρῳ καὶ Παύλῳ χρῆσιν καρπῶν, καὶ μόνον τὸ ἥμισυ ἀναλάβω εἰς τὸ πρόσωπον τοῦ Πέτρου, ἀπόλλοντος μὲν τοῦ Πέτρου, τὸ πᾶν προσαύξει τῷ Παύλῳ. εἰ δὲ ὁ Παῦλος ἀπολέσῃ, μέρος προσαύξει Πέτρῳ, καὶ μέρος ὑποστρέφει πρὸς τὴν δεσποτείαν. οὐδεὶς γὰρ ὅπερ ἀπώλεσεν ἀναλαμβάνει δικαίῳ προσαυξήσεως. i. e. *Si Petro et Paulo usumfructum legavero, et in persona Petri semissem tantum ususfructus repetii, siquidem Petrus amiserit, totum Paulo adcrescit. Quodsi Paulus amiserit, pars accrescit Petro, et pars ad proprietatem redit: nemo enim, quod amisit, iure accrescendi resumit.*

relinqui apud Titium. Titius wird also hier durch das jus accrescendi nichts weiter erhalten. Denn da er den ihm vermachten Nießbrauch durch Capitisdeminution verlohren hat, so ist er nicht mehr als ein re conjunctus des Mävius zu betrachten. Es ist auch in Rücksicht seiner durch das Relegat keine neue Conjunction entstanden, welche ihm ein Accrescenzrecht geben könnte, weil er dadurch nur einen bestimmten Theil vom Nießbrauche wieder erhalten hat. Man kann auch nicht sagen, es sey ihm durch die Concurrenz des Mävius Etwas von seinem Nießbrauche genommen worden. Nun gibt das Accrescenzrecht nur das wieder, was dem Collegatar durch die Concurrenz des andern Conjuncti vom Ganzen entzogen war. Allein Titius hatte durch seine Capitisdeminution den vorigen Nießbrauch unwiederbringlich verlohren, folglich konnte ihm auch von dem einmal verlohrnen Nießbrauche durchaus nichts mehr accresciren, wenn auch gleich Mävius zu der Zeit, da Titius seinen Nießbrauch durch die Capitisdeminution verlohr, und den ihm relegirten Theil wieder erlangte, nicht mehr existirt hätte. Dies ist unstreitig der wahre Sinn der den Entscheidungsgrund enthaltenden Worte: *Neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum, et resumit, etiam ipsi quicquam ex usufructu accrescere. Placet enim nobis, ei, qui amittit usumfructum, ex eo, quod amittit, nihil accrescere,* welche klar beweisen, daß die Westphälische Interpretation ganz irrig sey.

Das Anwachsungsrecht hat übrigens nicht Statt,

a) wenn mehreren die Nutznießung eines Grundstücks blos zum Unterhalt vermacht worden ist, und das Grundstück auch vollkommen hinreicht, um aus den Ein-

künften

künften desselben allen denjenigen Personen, welche der Erblasser auf diese Weise bedachte, die Alimente zu geben. Wenn von diesen Legataren einer, oder der andere abgeht, so accrescirt der vakante Antheil nicht den übrigen, sondern fällt dem Eigenthumsherrn anheim. Der Grund hiervon ist, weil sonst die übrigen gegen den Willen des Erblassers mehr erhalten würden, als ihre Nothdurft erfordert. Sie würden ja alsdann nicht blos Alimente, wie des Erblassers Wille ist, sondern den wahren und uneingeschränkten Nießbrauch erhalten. **Papinian** drückt dieses alles in folgender Stelle nervös aus, wenn er *L.* 57. §. 1. *D. de Usufr.* sagt: Per fideicommissum fructu praediorum ob alimenta libertis relicto, partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit; und **Voet**[63]) hat diese Stelle ganz richtig verstanden, wenn er sie so erklärt: *In alimentorum legato ius accrescendi non vigere, naturali ratione manifestum est, cum unus ob defectum seu mortem alterius collegatarii duplicatis non videatur saturandus alimentis.* Fast eben so legt **Thomas Papillon**[64]) diese Stelle aus. Seine Worte sind: *Cum fructum singulis ad alimenta praestari voluerit testator, apparet, non plus quemquam eorum habere voluisse, quam quo vitam suam toleraret, ideoque portio unius deficiens caeteris non accrescet, quibus affatim suppetit, quo se exhibeant, et, sicut in limitatis agris dicitur cessare ius alluvionis, (quod quidem ius alluvionis comparatur iuri accrescendi in L. 33. in fin. D. de Usufr.) ita in usufructu,*

 limitato

63) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

64) De iure accrescendi lib. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 777.)

limitato ad finem alimentorum, ius accrescendi cessare, recte ex hoc responso inferam.

b) Wenn mehreren Personen der Nießbrauch zusammen unter einer solchen Bedingung vermacht worden ist, welche die Gesetze aus besonderer Begünstigung dem Legatar erlassen, dessen Person sie unmittelbar betrifft; so erhält zwar dieser, wenn er auch der Bedingung entgegenhandelt, seinen Antheil eben so gut, als wenn er der Bedingung ein Genüge geleistet hätte; allein ein Accrescenzrecht stehet ihm in Rücksicht des Antheils, den der Collegatar nun auch wegen der Nichterfüllung der Bedingung verliert, oder nicht erhält, so lange derselbe lebt, darum nicht zu, weil es theils gegen die Absicht des Gesetzes, welches die Bedingung erläßt, theils gegen den Willen des Erblassers streiten würde, wenn der Legatar jetzt wegen seiner Contravention mehr bekommen sollte, als er bey Erfüllung der Bedingung erhalten haben würde. Ein solcher Fall ist in der *L. 74. D. de condit. et demonstrat.* enthalten, wo **Papinian** sagt: Mulieri et Titio usufructus, *si non nupserit mulier*, relictus est. Si mulier nupserit, quamdiu Titius et vivit, et in eodem statu erit, partem usufructus habebit. Tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset. Nec si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit. Die Rechtsausleger sind jedoch bey der Erklärung dieses Gesetzes sehr verschiedener Meinung. Der Fall, den **Papinian** entscheidet, ist folgender. Der **Mävia** und dem **Titius** war unter der Bedingung, daß die genannte Frauensperson nicht heyrathen sollte, der Nieß-

Nießbrauch gewisser Güter vermacht. Sie heyrathete aber doch, und bekam, der Nichterfüllung der Bedingung ungeachtet, ihren Antheil am Nießbrauche eben so gut, als ob sie der Bedingung ein Genüge geleistet hätte. Denn die Bedingung, nicht zu heyrathen, wurde nach der Verordnung der Lex Iulia et Papia Popp. in den letzten Willensverordnungen als nicht geschrieben angesehen [65]). Nun war die Frage, ob ihr nicht auch der Antheil des Titius accrescire, und sie folglich den ganzen Nießbrauch erhalte? Denn da beyden zusammen der Nießbrauch unter der Bedingung vermacht war, wenn die Collegatarin nicht heyrathen würde, so ward nun, durch die erfolgte Heyrath derselben, die Bedingung auch bey dem Titius nicht erfüllt [66]). (Titius, *qui conditione defectus est*). Sie konnte auch, weil sie seine Person nicht betraf, in Rücksicht seiner nicht für ungeschrieben gehalten werden. Er konnte also auch an dem Legat keinen Antheil nehmen. Die Mävia hatte insonderheit das für sich, daß sie durch das Legat mit dem Titius re et verbis conjuncta war. Dennoch entscheidet **Papinian** die aufgeworfene Frage gegen sie dahin, daß sie, so lange Titius lebt, und keine Capitisdeminution erleidet, (*quamdiu Titius et vivit, et in eodem statu erit*) mehr nicht erhalte, als den Theil, den sie bekommen hätte, wenn

65) S. *Io. Gottl.* HEINECCII Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. cap. 16. §. 2. pag. 298.

66) Mit Recht sagt *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V cap. 4. nr. 15. *Licet conditio*, si non nupserit, *in sola muliere, non in Titio possit impleri, tamen spectat utrumque, et ad utrumque refertur.* Man sehe auch *Thom.* PAPILLONIUS de iure accrescendi (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. IV. p. 772.)

wenn Titius concurrirte. Die Worte *partem usufructus habebit* gehen also offenbar auf die Frauensperson. Viele sind zwar anderer Meinung. Jac. Cujaz [67]), Franz Duaren [68]), Joseph Averani [69]), Joh. Sal. Brunquell [70]) und Pothier [71] wollen sie vom Titius verstehen. Sie sagen, da die Bedingung des Vermächtnisses für nicht geschrieben zu halten sey, so werde nun auch er seinen Antheil erhalten. Ja Emund Merillius [72] glaubt sogar, Titius bekomme seinen Antheil nicht sowohl *propter mulierem*, quasi conditio illi simul, ut mulieri, remittatur, sed *iure accrescendi*. Denn beym legato ususfructus, sagt er, könne auch dem ein Theil accresciren, der für seine Person keinen Theil erhalten hat! Allein alle diese Erklärungen sind offenbar falsch, wie Westphal [73]) und schon längst vor ihm Anton Faber [74]) ganz einleuchtend gezeigt haben. Wie könnte hier Titius Antheil nehmen, von dem in dem Gesetz ausdrücklich gesagt wird, *conditione defectus est*? Wie konnte dem Papinian nur eine solche Behauptung, als man

67) Recitation. ad Papiniani Lib. 32. Quaestion.

68) De iure accrescendi Lib. II. cap. 20.

69) Interpretation. iuris Lib. III. cap. 10. nr. 22. pag. 406.

70) Disp. de conditione, si non nupserit, ultimis voluntatibus adiecta. *Ienae* 1722. §. 10.

71) Pandect. Iustin. Tom. II. Lib. XXXV. Tit. 1. Nr. XXXV. not. b, et c. pag. 456.

72) De iure accrescendi Cap. 12. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 1766. sq.)

73) Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen 2. Th. §. 1055.

74) De Erroribus. Pragmaticor. Dec. L. Err. 10.

man ihm hier unterlegt, in die Gedanken kommen, welcher in einem ähnlichen Falle dem Titius nicht einmal die sonst bey negativen Bedingungen gewöhnliche cautio Muciana gestattet [75])? Ja wie hätte überhaupt die Frage entstehen können, ob der Mävia das Ganze accrescire, wenn als bekannt hätte angenommen werden können, daß die der Mävia erlassene Bedingung, auch in Ansehung des Titius für nicht geschrieben zu halten sey? Es ist also wohl einleuchtend genug, daß die Worte: *partem usus-fructus habebit* nicht auf den Titius, sondern auf die Frauensperson gehen. Dies beweisen auch die nachfolgenden Worte: *Tantum enim beneficio legis ex legato concessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset.* Diese Worte hätten keinen Sinn, wenn nicht vorher von der Frau die Rede wäre. Sie wollen soviel sagen, das Gesetz, welches der Frau die ihr auferlegte Bedingung der Ehelosigkeit erläßt, sey so zu verstehen, daß die Frau nicht mehr vom Legat erhalten solle, als dieselbe bekommen haben würde, wenn sie der Bedingung Folge geleistet hätte. Sollte ihr nun der Theil des Titius accresciren, so würde sie ja gegen die Absicht des Gesetzes, und gegen den Willen des Erblassers mehr bekommen, als sie bey Erfüllung der Bedingung erhalten hätte. Es ist also erwiesen, daß die Mävia, so lange Titius lebt, und keine Veränderung seines Zustandes erleidet, mehr nicht als ihren Antheil vom Nießbrauche erhalte. In die Stelle des Titius hingegen wird einstweilen der Proprietar eintreten. Allein wie ist es denn, wenn mit dem

75) *L.* 77. §. 2. *D. de condit. et demonstr.* Man sehe auch *L.* 1. *C. de indict. viduit. toll.*

dem Titius eine Veränderung vorgehen sollte, oder dieser stirbt, kommt ihr nicht dann das Accrescenzrecht zu? Die angeführten Rechtsgelehrten, welche in dem vorliegenden Falle die Concurrenz zwischen beyden Legatarien eintreten lassen, verneinen dieses schlechthin, weil die Mävia ihren Antheil nicht sowohl aus dem Testament nach dem Willen des Erblassers, sondern vielmehr als eine Wohlthat des Gesetzes erhalte. Daher sage **Papinian**, es nutze der Frau auch eine vom Titius etwa geschehene Repudiation nichts. Allein darauf hat **Anton Faber** sehr treffend geantwortet, wenn er sagt, die Frau würde die Wohlthat des Gesetzes, welches ihr die Bedingung erläßt, nicht vollständig genießen, und wirklich ex beneficio legis weniger erhalten, als sie bekommen haben würde, wenn sie der Bedingung Folge geleistet hätte, wenn man ihr, bey eingetretenem Todesfalle des Titius, das Accrescenzrecht absprechen wollte. Ist ihr einmal die Bedingung des Legats vom Gesetz erlassen, so muß sie nun auch eben so behandelt werden, als ob sie die Bedingung erfüllet hätte. Nun würde ihr ja das Accrescenzrecht vermöge der Conjunction zustehen, wenn sie der Bedingung nachgekommen wäre, und Titius an dem Nießbrauche Antheil genommen hätte. Es muß ihr also auch non impleta conditione zustehen[76]). Dies ist auch in den Worten: *quamdiu Titius et vivit, et in eodem statu erit*, partem usufructus habebit mulier, klar genug ausgesprochen, die sonst ohne Sinn und Bedeutung da stehen würden. Zwar wendet **Duaren** ein, man

76) Hierin stimmt auch *Gregor.* MAJANSIUS in Disp. de indicta viduitate §. 4. (in EIUS *Disputat. iur. civ.* Tom. II. Disp. XXXIX. pag. 100. sq.) überein.

man argumentire hier a contrario, welcher Schluß schwankend und hier offenbar inept sey. Allein wenn ich gleich selbst bey verschiedenen Gelegenheiten erinnert habe, daß man sich des Arguments a contrario mit Vorsicht bedienen müsse, weil es besonders bey der Erklärung des Römischen Rechts leicht täuschen kann, ja die Beweiskraft desselben unstreitig alsdann ganz wegfällt, wenn sich darthun läßt, daß der Gesetzgeber nicht dachte, wie er sprach [77]); so läßt sich doch die Wichtigkeit dieses Arguments in vielen Fällen nicht bezweifeln, wie Averanius [78]) selbst gezeigt hat; und dies ist unstreitig auch alsdann der Fall, wenn eine in dem Gesetz enthaltene Bestimmung ohne dieses Argument alles Interesse verlieren würde. Nach dieser Ansicht läßt sich nun auch das, was Papinian zuletzt noch von der Repudiation des Titius hinzufügt, sehr gut erklären. Es konnte allerdings Zweifel entstehen, ob nicht etwa der Mävia das Accrescenzrecht in dem Falle zustehe, wenn Titius, pendente conditione, d. i. ehe die Legatarin noch gegen die Bedingung gehandelt hatte, sich seines Antheils begeben haben sollte? Allein mit Recht sagt Papinian, daß eine solche Repudiation der Frau nichts helfen könne. Denn wie konnte die Entsagung eines nicht deferirten Rechts von Wirkung seyn [79])?

Durch **Wiederholung** des **Vermächtnisses** auf den Fall des Verlusts wird jedoch das Accrescenzrecht so wenig, als durch **Substitution** eines Dritten aufgehoben.

77) S. **Thibaut** Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. S. 337. folg.

78) Interpretat. iuris Lib. III. cap. 10. nr. 18.

79) *L. 174. §. 1. D. de Reg. iuris.*

ben. Man sagt zwar sonst nach einer bekannten Regel, *substitutio potior est iure accrescendi* 80); allein dies heißt nur soviel, daß der Substitut dem Collegatar vorgeht. Nimmt aber der Substitut den Nießbrauch nicht an, oder er hat ihn zwar angenommen, aber nachher wieder verlohren, so steht dem noch existirenden Collegatar doch das Accrescenzrecht zu. Denn sie sind doch noch immer als re conjuncti anzusehen. Dies erhellet aus folgender Stelle Ulpians ganz deutlich.

L. 3. pr. et §. 1. D. Quib. mod. usufr. vel us. amitt. Sicut *in annos singulos* usufructus legari potest, ita et capitis minutione amissus legari potest: ut adjiciatur, *Quotiesque capite minutus erit, ei lego:* vel sic, *Quotiens amissus erit;* et tunc, si capitis minutione amittatur, repetitus videbitur 81). — Haec autem repetitio, quae

80) S. *Franc.* DUARENUS de iure accrescendi Lib. II. cap. 16.

81) Hiermit scheint gewissermaßen im Widerspruch zu stehen, was Iunius Mauricianus *L. 23. D. de usu et usufr. leg.* sagt: Licet testatori repetere legatum ususfructus, ut etiam post capitis deminutionem deberetur; et hoc nuper Imperator ANTONINUS ad libellum rescripsit, tunc tantum esse huic constitutioni locum, *cum in annos singulos relegaretur.* Einige halten die Leseart hunc tantum für fehlerhaft. *Iac.* CUJACIUS Lib. XIV. Observat. cap. 17. lieset dafür *nec tantum.* Ihm pflichtet auch POTHIER in Pand. Iustinian. Tom. I. Lib. VII. Tit. 4. Nr. IX. not. i. bey. Dagegen verwerfen ROBERTUS Lib. I. Animadversion. c. 5. und *Sieg. Reich.* IAUCHIUS in Meditat. critic. de negationib. Pandect. Florentin. Cap. XIII. §. 24. pag. 178. diese Emendation. *Petr.* PERRENONIUS Animadversion. et variar. Lection. Lib. II. cap. 5. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 635.) hält die Repetition des Usufructs auf

quae sibi post amissum capitis minutione usumfructum, quaeritur, an et ius adcrescendi secum salvum habeat: utputa, *Titio* et *Maevio* usufructus legatus est, et, si *Titius* capite minutus esset, eidem usumfructum legavit; Quaesitum est, si *Titius* ex repetitione usumfructum haberet, an inter eos ius adcrescendi salvum esset? et PAPINIANUS *lib.* 17. *Quaestionum* scribit, salvum esse, *perinde ac si alius esset Titio in usufructu substitutus:*

[illegible] hos

[illegible]

auf den Fall des Verlusts für überflüßig, wenn der Nießbrauch in annos singulos vermacht worden ist; weil hier nicht ein Vermächtniß, sondern mehrere Legate vorhanden sind. *L.* 10. *D. Quando dies legator. vel fideic. ced.* Diesem zu Folge, glaubt er, müsse das Gesetz so emendirt werden: *Nec tamen* esse huic constitutioni locum, cum in annos singulos relegaretur. Allein er hat nicht bedacht, daß die Repetition des Usufructs sowohl ausdrücklich, als stillschweigend geschehen könne. Von dem letzten Falle ist in *L.* 23. *cit.* die Rede. Nur diese wurde anfangs für erlaubt gehalten. Hierauf gieng das Rescript des K. Antoninus, und dieses Recht galt zur Zeit des Junius Mauricianus. Eine ausdrückliche Repetition des Nießbrauchs besonders auf den Fall, wenn der Usufructuar eine Capitisdeminution erleiden würde, ist erst späterhin gestattet worden. Denn man glaubte, durch eine solche Repetition werde den Gesetzen zuwider gehandelt, welche ein für allemal die Fälle bestimmt hätten, die das Nutzungsrecht aufheben. Auf solche Art läßt sich nun der Widerspruch zwischen Maurician und Ulpian vollkommen heben, wenn ja ein Widerspruch inter aevi diversi Iureconsultos angenommen werden kann, wie *Ger.* NOODT de Usufructu Lib. II. cap. 12. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. III. cap. 5. §. 2. pag. 400. sehr richtig bemerkt haben, obwohl Noodt dennoch die Cujazianische Emendation annimmt.

hos enim, tametsi non verbis; *re tamen conjunctos videri.*

Noch ist zu bemerken, daß wenn der Nießbrauch auf andere Art, als durch Vermächtniß, entsteht, z. B. er ist durch Vertrag mehreren Personen an der nämlichen Sache gegeben worden, das Accrescenzrecht nicht Statt finde [82]).

82) *L. 15. D. de duobus reis.* S. SUERIN de usufructu accrescendo Princ. §. *Unde quaeritur* (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. IV. pag. 101. sq.) *Franc.* DUARENUS de iure adcrescendi L. I. cap. 15. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. iuxta seriem Digestor. Decad. XXI. Th. 10. und WESTPHAL §. 854. not. 753 a. am Ende S. 586.

Lib. VII. Tit. III.

Quando dies usufructus legati cedat.

---

§. 637. b.

Regel, welche den Anfang der Erwerbung des Rechts bey einem vermachten Nießbrauch bestimmt, mit ihren Ausnahmen.

Nach dem Römischen Recht ist der Grundsatz angenommen, daß das Nutzungsrecht, welches Jemandem in einem Testament hinterlassen worden ist, nicht eher seinen Anfang nimmt, als wenn der Erbe die Erbschaft angetreten hat. Ulpian drückt diese Regel *L. un.* §. 2. *D. h. t.* so aus: Dies legati usufructus non prius cedit, quam hereditas adeatur. Der Grund, warum die römischen Gesetzgeber hier von der Regel, nach welcher sonst der Legatar sofort im Augenblick des Todes des Erblassers ein Recht auf das Vermächtniß erwirbt [83]), abgewichen sind, ist der, weil der Nießbrauch ein subjectiv persönliches Recht ist, welches nicht auf die Erben übergeht. Da dieser Grund auf alle persönliche Dienstbarkeiten paßt, so gilt auch bey allen der nämliche Grundsatz, wie aus *L.* 2. *et* 3. *D. Quando dies legator. cedat* erhellet, wo Ulpian sagt: Si pure sit *usufructus* legatus, vel *usus*, vel *habitatio*, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit. — Nam *cum ad heredem non transferatur*, frustra est, si ante quis diem eius cede-

83) *L.* 5. §. 1. *D. Quando dies legator. cedat.*

cedere dixerit [84]). Nur bey den operis servorum machte man eine Ausnahme. Bey diesen nahm das Recht des Legatars nicht im Augenblick der angetretenen Erbschaft seinen Anfang, sondern erst von der Zeit an, da sie der Legatar gefordert hat. Ulpian sagt *L.* 7. *D. de usu et usufr. etc. leg.* Operae testamento relictae quando cedere debeant? Utrum ex quo petit eas legatarius, an ex quo adita hereditas est? — Et puto, *ex die petitionis eas* cedere [85]). Damit jedoch der Erbe in Antretung der Erbschaft nicht säume, so verpflichten ihn die Gesetze zur Entschädigung des Legatars, wenn er blos zu dessen Nachtheil zögerte [86]). Von jenem Grundsatz, daß man an einem vermachten Nießbrauche im Augenblick der angetretenen Erbschaft ein Recht erwerbe, findet auch noch dann eine Ausnahme Statt, wenn dem Vermächtniß eine Bedingung

84) POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. II. Tit. de legatis P. III. Nr. CCLXXVII. not. a. pag. 328. erklärt diese Stelle sehr gründlich, wenn er sagt: *Omnia legata per aditionem hereditatis confirmantur, et ab ea pendent. Si ergo dies eorum cedit ex die mortis testatoris, hoc fit auxilio fictionis; quae aditionem hereditatis retro trahit ad diem mortis: quae fictio introducta est, ut legatarii interim morientes possint id, quod sibi relictum est, ad heredes suos transmittere, nec posset heres eis nocere, dum differt adire hereditatem. Cum autem haec ratio cesset in legatis earum rerum, quae ad heredem transmitti nequeunt; hinc est, quod in his legatis ad hanc fictionem non recurratur, et eorum dies demum ab adita hereditate cedat.* Man sehe auch COCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. 1.

85) S. WESTPHAL de libert. et servit. praed. §. 772. not. 696. et §. 869.

86) *L. 46. §. 1. L. 47. D. de Usufr.* S. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. in fine.

dingung oder eine gewisse Zeit ist beygefügt worden, nach deren Eintritt der Legatar erst den Nießbrauch erhalten soll. Ulpian bemerkt dies ebenfalls, wenn er *L. un.* §. 3. *D. h. t.* sagt: Item si *ex die* usufructus legetur, dies eius nondum cedet, *nisi cum dies venit*: posse enim usumfructum ex die legari, et in diem, constat. Hier kann also weder von einer Erwerbung noch von einem Verlust des Nießbrauchs eher die Rede seyn, als bis die Bedingung existirt, oder die bestimmte Zeit erschienen ist. [87])

Ist der Nießbrauch auf alle Jahre, Monate, oder Tage vermacht, oder abwechselnd ein Jahr um das andere; so ist nicht ein Legat, sondern es sind mehrere vorhanden. Das Recht des Legatars nimmt daher immer wieder mit jedem neuen Termin seinen Anfang [88]). Hierher gehören folgende Stellen.

L. un. pr. D. h. t. Quamquam usufructus ex fruendo consistat, id est, facto aliquo eius, qui fruitur et utitur; tamen semel cedit dies. Aliter atque si cui *in menses* vel *in dies* vel *in annos singulos* quid legetur: *tunc enim per dies singulos, vel menses, vel annos dies legati cedit.* Unde quaeri potest, si usufructus, cui *per dies singulos* legetur, vel *in annos singulos*, an semel cedat? et puto, *non cedere simul*, sed *per tempora adjecta*, ut *plura legata* sint.

L. 13. D. de usu et usufr. legat. Cum usufructus *alternis annis* legatur: non unum, sed *plura legata* sunt.

Die

87) *L. 5. §. 1. et 2. D. Quando dies legator.* WESTPHAL cit. libr. §. 802.

88) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 2.

Die Folge davon ist, daß ein solcher Nießbrauch weder durch Capitisdeminution, noch durch Nichtgebrauch verlohren geht [89]). Denn die Bestimmung einzelner Termine, sie seyen fortlaufend, oder abwechselnd, hat die Kraft einer stillschweigenden Repetition [90]).

In Ansehung der Prädial-Servituten bleibt es bey der Regel. Sind solche vermacht worden, so erwirbt der Legatar sofort im Augenblick des Todes des Erblassers ein Recht darauf [91]). Stirbt also auch der Legatar, ehe noch der Erbe die Erbschaft angetreten hatte, so geht doch die Servitut auf den neuen Besitzer des herrschenden Grundstücks über [92]). Die actio confessoria kann jedoch nicht eher angestellt werden, als nach erfolgter Antretung der Erbschaft. Man giebt daher die Regel: *Servitutis praedialis dies a morte quidem testatoris cedit, sed ab adita hereditate venit* [93]).

Lib. VII.

89) *L. 10. D. de capite minut. L. 8. D. de annuis legat. L. 28. D. Quib. modis usufr. amittit.*

90) *L. 2. pr. et §. 1. D. Quib. mod. usufr. vel usus amitt. L. 23. D. de usu et usufr. leg.* S. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 951. et 952.

91) S. *Abrah.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 21. pag. 76. sq.

92) *L. 5. D. Quando dies legator.* iunct. *L. 4. D. de servitut. praed. rustic.*

93) *L. 7. pr. D. Quando dies legator. L. 213. D. de Verb. Signif.* S. WESTPHAL de servit. praedior. §. 868.

Lib. VII. Tit. IV.

Quibus modis ususfructus vel usus amittitur.

§. 637. c.

Endigung des Nießbrauchs durch den Tod des Usufructuars. Inwiefern gehen die Früchte des Sterbjahrs auf seine Erben über.

Der Nießbrauch kann auf mancherley Art aufhören. Er endiget sich

I) durch den Tod des Usufructuars[94]). Nam ius fruendi, sagt **Ulpian**[95]) personae cohaeret. Es kommt nicht darauf an, wie die Servitut constituirt worden ist. Auch wenn der Nießbrauch durch Vertrag gegeben war, geht er doch nicht auf die Erben über, wie **Ulpian** gleichfalls lehrt, wenn er *L.* 38. §. 10. *D. de Verbor. obligat* sagt: Si quis ita stipulatus fuerit, *uti frui sibi licere*[96]): ad heredem ista stipulatio non per-

X 2 tinet.

94) *§. 3. I. de Usufr.*

95) *L. 3. §. 3. D. Quib. mod. usufr. amitt.*

96) Einige Rechtsausleger wollen einen Unterschied machen zwischen *uti frui licere*, und *stipulari usumfructum*. Nur letzteres gehe auf das Recht der Nutznießung; jenes aber deute nur auf das bloße Factum des Gebrauchs. S. ALCIATUS, CUJACIUS und DONELLUS in Commentar. ad L. 38. §. 10. D. de Verbor. Obligat. Allein daß dieser Unterschied ganz ungegründet sey, erhellet aus *L. 38. §. 11. D. eod.* wo die stipulatio: *uti frui sibi licere*, eine stipulatio *de usufructu* genennt wird.

tinet. Denn es ist schlechterdings unmöglich, sagt Justinian *L.* 12. *pr. Cod. de Usufr.* daß der Nießbrauch auf die Erben transmittirt werden könne, weil es unbezweifelten Rechtens ist, daß er durch den Tod gänzlich erlischt. Es läßt sich zwar wohl gedenken, daß Jemandem der Nießbrauch für sich und seine Erben gegeben wird. Ulpian sagt dieses selbst. *L.* 38. *cit.* §. 12. Sed si quis, *uti frui licere sibi, heredique suo*, stipulatus sit: videamus, an heres ex stipulatu agere possit, et putem posse, *licet diversi sint fructus.* Allein mit Recht bemerkt auch hier Ulpian, daß in dem gedachten Falle nicht ein Nießbrauch constituirt sey, der sodann nach dem Tode des Usufructuars auf seine Erben transmittirt werde. Nein, es ist ein doppelter Nießbrauch bestellt. Der Nießbrauch der Erben ist ein neuer, von dem Ususfructus ihres Erblassers ganz verschiedener Nießbrauch, der ihnen nicht sowohl vermöge der Transmission aus einem Erbrechte, als vielmehr aus einem eigenen Rechte zusteht, und erst nach dem Tode des Usufructuars erworben wird. Hiervon wird uns noch mehr der Umstand überzeugen, daß dem Vermächtniß des Nießbrauchs, sofern es zugleich auf die Erben des Usufructuars gerichtet ist, die Kraft einer Repetition beygelegt wird [97]). Nun ist eine Repetition des Nießbrauchs anders nicht denkbar, als wenn der vorige Ususfructus gänzlich erloschen ist [98]). Eine Folge hiervon ist, daß die Erben auch von neuem Caution machen müssen, und wenn auch derjenige, welchem der Nießbrauch für sich und seine Erben vermacht worden ist, noch vor dem Testirer

stirbt,

97) *L.* 5. *D. h. t.*

98) *L.* 3. *D. eodem.*

stirbt, so kommt der Usufructus doch den Erben zu, welche zur Zeit der Antretung der Erbschaft noch vorhanden sind [99]). Die alten römischen Rechtsgelehrten stritten jedoch über den Fall, wenn Jemandem ein Grundstück auf eine solche Art vermacht worden ist, daß der Erbe des Testirers den Nießbrauch davon behalten solle [100]). Einige hielten ein solches Vermächtniß darum für ungültig, weil es dem Proprietar nichts nütze. Denn da unter dem Wort Erbe, nicht blos der nächste, sondern alle nachfolgende Erben begriffen sind [1]); so werde der Nießbrauch nie zur Proprietät zurückkehren. Dieser Meinung waren die Prokulianer, deren Hauptmaxime war, überall streng bey dem Wortverstande stehen zu bleiben [2]). Andere hingegen trugen kein Bedenken, das Vermächtniß für gültig zu halten. Sie behaupteten, daß es nach der Absicht des Testirers nicht anders zu verstehen sey, als daß blos der nächste Erbe den Nießbrauch haben, und derselbe sodann nach dessen Tode wieder mit der Proprietät vereinigt seyn sollte. So sprachen die Sabinianer, wie aus einer

 Stelle

99) S. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. und vorzüglich *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exercitat. V. Cap. 3. n. 10. sqq.

100) S. *Gottfr.* MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. VII. 1. pag. 168. sqq.

1) *L. 65. D. de Verb. Signif.* Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur: nam et heredis heres, et deinceps, heredis appellatione continetur.

2) S. *Em.* MERILLII Observation. Lib. I. cap. 3. und *Car. Ferd.* HOMMEL Diss. de principali causa dissensionum inter Labeonem et Capitonem horumque sectatores. *Lipsiae 1750.* §. 8.

Stelle Julians erhellet, welcher *L. 4. D. Si usufr. petet.* sagt: Fundus detracto usufructu legatus est Titio, et eiusdem fundi usufructus Sempronio sub conditione. Dixi, interim cum proprietate usumfructum esse; *licet placeat* [3]), *cum, detracto usufructu, fundus legatur, apud heredem usumfructum esse* [4]). Ihm stimmte auch Cajus bey, welcher sich darüber *L. 6. pr. D. de Usufr.* so erklärt; Sed et proprietas deducto usufructu legari potest, ut *apud heredem* maneat usufructus. Justinian entschied diesen Streit endlich in der *L. 14. Cod. de Usufr.* dahin, daß das Vermächtniß in dem bemerkten Falle gültig seyn, und der Nießbrauch mit dem unmittelbar nächsten Erben sich endigen, folglich nach dessen Tode, oder auch wenn dieser aus einem andern rechtlichen Grunde den Nießbrauch verlohren hätte, wieder zur Proprietät zurückkehren solle. Die Worte der Decision selbst lauten so: Antiquitas dubitabat, si quis fundum, vel aliam rem cuidam testamento relinqueret, quatenus usufructus apud heredem maneret, si (i. e. *an*) huiusmodi constaret legatum? Et quidam inutile legatum esse existimabant: quia usufructus nunquam ad suam rediret proprietatem, sed semper apud heredem remaneret, et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres, et deinceps, successores unius esse videantur, nec possit huiusmodi usufructus secundum veterem distinctionem

3) Das Wort *Placet* deutet gewöhnlich in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten auf eine Controvers hin, bey welcher man sich endlich über einen Rechtsatz vereinigte. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *placere.*

4) S. WESTPHAL cit. lib. §. 801. not. 717.

nem solitis modis extingui. Alii autem huiusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt. *Tales altercationes decidentes, sancimus, et huiusmodi legatum firmum esse, et talem usumfructum una cum herede finiri: et illo moriente, vel aliis legitimis modis eum amittente, expirare.* Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicet privilegium, ut a generali interemtione ususfructus ipse solus excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. *Et propter hoc et usumfructum finiri, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum sancientes, huiusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus* [5]). Dieser Verordnung zu Folge wird nun also auch der Nießbrauch in dem Falle, da er Jemandem für sich und **seine Erben** vermacht, oder durch Vertrag ist eingeräumt worden, sich durch den Tod der Erben des ersten Grades endigen [6]), sie mögen gesetzliche oder Testamentserben seyn.

Es fragt sich aber, wenn der unmittelbare Erbe stirbt, ehe der ususfructus formalis in seiner Person seinen Anfang genommen hatte, ob nicht wenigstens in diesem Falle der Nießbrauch an den Erben des Erben komme? Man setze den Fall, daß der Erbe das Grundstück, wovon ihm

 der

5) S. *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani. Exercit. V. Cap. 6. und *Em.* MERILLII Exposition. ad L. Decisiones Iustin. Nr. XVI. ad L. 14. C. de Usufr. (in *Operib.* Neapoli 1720. 4. edit. Tom. II. pag. 49. sq.)

6) S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad Tit. Dig. de Verbor. obligationib. (*Francof.* 1599. *f.*) ad L. 38. §. 10. dict. Tit. nr. 7. pag. 117. und *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 12. nr. 8. pag. 219.

der Nießbrauch vorbehalten ist, dem Legatar erst nach zehen Jahren übertragen soll. Der Erbe stirbt aber, ehe noch die zehen Jahre verlaufen sind. Wird hier der Legatar, wenn die Zeit des Vermächtnisses erscheint, verlangen können, daß ihm das volle Eigenthum des legirten Grundstücks übertragen werde, oder gehört nicht vielmehr von dieser Zeit an der Nießbrauch dem Erben des Erben? Paulus entscheidet diesen Fall auf folgende Art: *L. 26. pr. D. de usu et usufr. leg.* Sempronius Attalus ab herede suo fundum in Italia Gajo post decennium, deducto usufructu, dari iussit. Quaero, cum medio hoc decennii spatio heres vita functus sit, an post tempus decennii plenus fundus ad legatarium pertineat. Movet enim me, quod dies legati huius sive fideicommissi cesserit, ac per hoc et ad heredem legatarii pertinere potuerit: et ideo quasi circa debitum iam legatum, mortuo herede, usus fructus extinctus sit, nec ad heredem heredis pertinere possit. Respondi: *dies quidem fideicommissi vel legati cedit statim, cum post tempus certum heres dare rogatur sive iubetur. Sed ususfructus nondum est heredis, nisi cum dominium, deducto usufructu, praestitit. Et ideo capitis deminutione vel morte perire non potest, quod nondum habuit.* Idem evenit, si proprietas deducto usufructu sub conditione legata sit, et pendente conditione heres decesserit. Tunc enim ab heredis herede incipit ususfructus, qui ex persona eius finietur. *Sed his casibus de sententia testatoris quaerendum est, qui utique de eo usufructu detrahendo sensit, qui conjunctus est heredis personae. Quo extincto, solidam proprietatem ad legatarium voluit pertinere, nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum*

habere

habere coepit usumfructum, quem si iam habere coepisset. Nach der strengen Rechtstheorie könnte der Erbe des Erben den Nießbrauch in dem gegebenen Falle allerdings verlangen. Denn der eigentliche Nießbrauch als Servitut, oder der so genannte ususfructus formalis konnte nicht eher entstehen, als nachdem er von der Proprietät getrennt, und das Eigenthum des Grundstücks auf den Legatar war übertragen worden. Dieses gehet nun aber bey einem legato ex die relicto nicht eher auf den Legatar über, als nachdem die Zeit der Uebertragung eingetreten ist [7]. Vorher ist also der Erbe als Eigenthümer zu betrachten, welcher die Früchte nicht iure servitutis, sondern iure dominii percipirt. Er hat also noch, wie man es nennt, den usumfructum causalem. Starb nun der Erbe ante diem legati venientem, so konnte von keiner Erlöschung eines ususfructus formalis die Rede seyn, welcher in der Person des Erben noch gar nicht seinen Anfang genommen hatte. Das volle Eigenthum des legirten Grundstücks wird also eben so auf den Erben des ersten Erben übergehen, wie es bey dem verstorbenen ersten Erben war, und dieser wird nun, wenn die Zeit erfüllet ist, bey der Uebertragung des Eigenthums an den Legatar sich eben so den Nießbrauch für seine Person zueignen können, als der verstorbene Erbe, wenn er noch lebte, dazu befugt wäre. Denn in seiner Person entsteht nun erst der eigentliche von dem Testirer dem Erben vorbehaltene Ususfructus, nachdem die Proprietät auf den Legatar übergegangen ist. Man könnte zwar einwenden, daß

7) *L. 45. §. 1. D. de legat. II.* S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris. Lib. II. cap. 16. nr. 20. sqq.

daß der Legatar doch gleich von dem Todestage des Erblassers an, ein Recht auf das Vermächtniß erhalte. Nam dies legati proprietatis sub certo die relicti cedit statim a morte testatoris. Man könnte also glauben, der Erbe habe dem zu Folge auch schon ante diem venientem legati den usumfructum formalem gehabt, und dieser sey also mit seinem Tode erloschen, es könne folglich der Erbe des Erben darauf keinen Anspruch machen. Paulus macht sich selbst diesen Einwurf. Er beantwortet ihn aber dahin, daß man zwar sagen könne, *in persona legatarii* diem legati cedere statim, d. i. dieser erhalte gleich ein Recht auf das Vermächtniß, um das Legat auf seine Erben transmittiren zu können. Allein eine solche cessio diei läßt sich deswegen nicht gleich in der Person des Erben annehmen, weil die Forderung des Nießbrauchs, welche durch die cessio diei bewirkt wird, nicht eher entstehen kann, als bis der Nießbrauch von der Proprietät getrennt, und die Proprietät von dem Erben veniente die auf den Legatar übertragen ist. Denn nun erst läßt sich ein wahrer usus fructus in der Person des Erben gedenken. So lange also die cessio diei noch nicht in der Person des Erben als künftigen Usufructuars geschehen ist, kann sich Etwas nicht endigen, was noch nicht seinen Anfang genommen hatte, also weder der usus fructus, der ante diem noch nicht constituirt war, noch eine darauf sich beziehende Forderung des Erben, da der Legatar ante diem noch nicht Eigenthümer war, und also noch kein Schuldner existirte, von welchem der Nießbrauch hätte gefordert werden können. Paulus fügt noch hinzu, daß die nämliche Entscheidung auch in dem Falle eintrete, wenn Jemandem die Proprietät eines Grundstücks unter einer Bedingung

auf

auf eine solche Art vermacht worden ist, daß der Nießbrauch bey dem Erben verbleiben solle, und der Erbe pendente conditione stirbt. Hier werde der usufructus, als Servitus, erst in der Person des nachfolgenden Erben seinen Anfang nehmen, und sich mit seiner Person endigen. So wenig nun auch dies alles nach der strengen Rechtstheorie einigem Zweifel unterworfen ist, so kommt es doch, sagt Paulus noch zuletzt, in solchen Fällen vorzüglich auf die Meinung des Testirers an. Diese muß immer der strengen Rechtstheorie vorgezogen werden [8]. Nun ist nach der vermuthlichen Willensmeinung des Erblassers im Zweifel eher anzunehmen, daß der Testirer den Nießbrauch bloß seinem unmittelbaren Erben habe zuwenden wollen, als daß er auch zugleich an den Erben des Erben, der ihm ganz unbekannt war, sollte gedacht haben [9]. Der Erbe, in dessen Person der usufructus noch nicht zu existiren angefangen hatte, (so sind die Worte: *qui nondum habere coepit usumfructum*, zu verstehen, welche nicht auf die unmittelbar vorhergehenden *ad successorem suum*, sondern auf heredem gehen) werde also den Nießbrauch eben so wenig auf seinen Erben (*ad successorem suum* [10]) transmittiren, als wenn er den usus-

8) *L. 7. Cod. de fideicomm.*

9) Man sehe über diese Stelle *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 12. Tom. I. *Operum* pag. 472. *Franc. de* AMAYA Observation. iuris Lib. III. cap. 9. *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. V. cap. 1. n. 6. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. Lib. VII. Tit. 1. Nr. XLIX. und WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 802.

10) *Io.* IENSIUS in Stricturis ad Rom. iuris Pand. ad L. 26. cit. pag. 272. hat wohl nicht Unrecht, wenn er glaubt, daß statt suc-

usufructus schon gehabt hätte. Eben dies bestärkt auch Afrikanus, welcher *L.* 36. §. 1. *D. de usufr.* bemerkt, daß dieses bey Vermächtnissen weniger Zweifel habe, als bey Verträgen, weil man bey den letztern doch gewöhnlich auch für seine Erben sorge [11]). Diese sehr merkwürdige Stelle lautet so: Stipulatus sum de Titio fundum Cornelianum, detracto usufructu. Titius decessit. Quaesitum est, quid mihi heredem eius praestare oportet? Respondit, *referre, qua mente usufructus exceptus sit. Nam siquidem hoc actum est, ut in cuiuslibet persona usufructus constitueretur, solam proprietatem heredem debiturum. Sin autem id actum sit, ut promissori duntaxat usufructus reciperetur, plenam proprietatem heredem eius debiturum.* Hoc ita se habere, manifestius *in causa legatorum* apparere. *Etenim si heres, a quo, detracto usufructu, proprietas legata sit, priusquam ex testamento ageretur, decesserit, minus dubitandum, quin heres eius plenam proprietatem sit debiturus.* Idemque et si sub conditione similiter legatus sit, et pendente conditione heres decessit. Hier ist also eigentlich der Fall der, daß Jemandem ein Grundstück mit Vorbehalt des Nießbrauchs war versprochen worden. Der Promittent starb aber noch vor

successorem suum vielmehr *successorem eius* gelesen werden müsse. Lieset man indessen mit Baudoza und andern Ausgaben *transmittit*, statt transmitti, so ist jene ohnehin von aller Auctorität entblößte Emendation des Jensius nicht nöthig. Er meint, der Fehler liege in einer unrichtigen Uebersetzung des Griechischen αὐτοῦ. Dies läuft aber auf die bekannte, schon an einem andern Orte (1. Th. S. 320.) widerlegte Jensiussische Hypothese hinaus.

11) *L.* 9. *in fin. D. de probat.*

vor der Uebergabe, und ehe der Nießbrauch von der Proprietät getrennt war. Es entstand nun die Frage, wozu der Erbe verpflichtet sey, zur Uebertragung des vollen Eigenthums, oder nur der bloßen Proprietät? Afrikan entscheidet sie so, es komme darauf an, was bey dem Vorbehalt des Nießbrauchs die Absicht gewesen sey! Ist verabredet worden, daß der Nießbrauch in der Person des Promittenten oder auch seines Erben, oder sonst irgend eines Dritten constituirt werde, so prästire der Erbe die bloße Proprietät. Hätte hingegen der Promittent nur sich den Nießbrauch vorbehalten, so gehe der ususfructus nicht auf den Erben über, sondern dieser sey das volle Eigenthum an den Acceptanten zu übertragen verpflichtet; und dies müsse im Zweifel immer angenommen werden, daß der Promittent durch den Vorbehalt des Nießbrauchs bloß für sich gesorgt habe [12].

Ist der Nießbrauch einer Person gegeben oder vermacht, die noch unter der väterlichen Gewalt steht, so wird durch

12) S. *Iac.* CUJACII Commentar. ad Africanum Tract. V. ad L. 36. §. 1. D. de Usufr. In den *Basilicis* Lib. XVI. Tit. I. Tom. II. pag. 259. lautet die Stelle so: Εαν ἐπερωτήσω ἀγρὸν, ὑπεξῃρημένης χρήσεως, καὶ τελευτήσῃ ὁ ὁμολογήσας, ἐι μὲν διὰ τὸ συςήσασθαι εἰς πρόσωπον ἕτερον τὴν χρῆσιν, ὑπεξεῖλε, μόνην τὴν δεσποτείαν δίδωσιν ὁ κληρονόμος. ει δὲ εἰς ἴδιον πρόσωπον ἐξεῖλε, δίδωσι καὶ τὴν χρῆσιν. i. e. *Si stipulatus sim fundum, detracto usufructu, et, qui promisit, decesserit, si quidem exceptus sit ususfructus, ut in alterius persona constitueretur, solam proprietatem heres praestabit, si vero ut in persona mea constitueretur, fructum etiam praestabit.*

durch sie der usufructus auch dem Vater selbst acquirirt. Stirbt daher der filiusfamilias, oder er wird von seinem Vater emancipirt, so erlischt dadurch der Nießbrauch nicht, sondern der Vater behält ihn bis an seinen Tod. Es verbleibt aber auch umgekehrt der Nießbrauch dem Sohne, wenn der Vater stirbt, oder durch eine Capitisdeminution seine subjective Rechtsfähigkeit verliert, wenn auch der Sohn des Vaters Erbe nicht wird. Denn man muß im Zweifel annehmen, der Testirer habe mehr um des Sohns als um des Vaters willen den Nießbrauch hinterlassen. Unter den alten römischen Rechtsgelehrten mag zwar die Sache nicht ganz außer Zweifel gewesen seyn. Wir finden indessen davon in den Pandecten keine weitern Spuren, sondern kennen jetzt diese Controverse nur aus Justinians Decision *L. ult. C. de usufructu*, welche folgendermaßen lautet: Ex libris Sabinianis quaestio nobis relata est, per quam dubitabatur, si usufructus per servum acquisitus, vel per filiumfamilias, capitis deminutione filii magna vel media, vel morte, vel emancipatione, vel servi quacunque alienatione, vel morte, vel manumissione possit adhuc remanere? *Et ideo sancimus in huiusmodi casibus, neque si servus vel filiusfamilias in praefatos casus inciderit, interrumpi patri vel domino usumfructum, qui per eos acquisitus est, sed manere intactum. Neque si pater magnam capitis deminutionem, vel mediam passus fuerit, vel morte ab hac luce fuerit exemtus, usumfructum perire: sed apud filium remanere, etiamsi heres a patre non relinquatur.* Usumfructum enim per eum acquisitum, apud eum remanere etiam post patris calamitatem oportet, cum plerumque verisimile

risimile sit, testatorem contemplatione magis filii, quam patris, usumfructum ei reliquisse. [13])

Wenn einer Stadt, oder einer andern moralischen Person, die nicht stirbt, der Nießbrauch gegeben oder vermacht worden ist, so kommt es zuvörderst darauf an, ob durch den Vertrag oder im Testament die Dauer desselben bestimmt worden ist, oder nicht. In dem letztern Falle endiget sich die Servitut erst durch den Ablauf von hundert Jahren, wofern nicht die moralische Person früher zu existiren aufhört [14]). Aus den darüber sprechenden Stellen unserer Pandecten *L.* 56. *D. de usufr.* und *L.* 8. *D. de usu et usufr. leg.* ergiebt sich, daß man auch darüber Anfangs im Zweifel war, bis man sich über den angegebenen Grundsatz vereinigte. Zwar war es schon längst vor den Zeiten des **Cajus** Rechtens, daß den Städten Etwas gültig in Testamenten legirt werden konnte. Schon Kr. **Nerva** hatte dieses Recht zu Gunsten der Städte eingeführt, welches nachher durch ein Senatusconsultum unter dem Kr. **Hadrian** noch mehr bestärkt wurde [15]); und Kr. **Mar-**

13) S. *Fr.* RAGUELLI Commentar. ad Constitut. et Decision. Iustin. ad h. L. ult. C. de Usufr. pag. 183. sq.

14) S. *Franc.* RAMOS DEL MANZANO Diss. ad Titum Cajum de usufructu municipibus legato; (in MEERMANNI *Thes. iuris civ. et canon.* Tom. V. pag. 533. sqq.) *Pet.* FABER Semestrium Lib. I. cap. 8. et 9. *Io.* D'AVEZAN Servitutum libr. P. VIII. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 206. sqq.) *Is.* SWEER's Diss. de usufructu civitati relicto. *Lugd.* 1731. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

15) ULPIAN. *Fragm. Tit.* XXIV. §. 28. (bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 659.) Civitatibus omnibus, quae sub impe-

Marcus zuletzt auf alle erlaubte Collegien und Personen-Gemeinheiten ausdehnte[16]). Allein man war doch anfangs darüber im Streit, ob einer Stadt der Nießbrauch vermacht werden könne? Der Zweifelsgrund war, daß eine moralische Person nicht stirbt, auch nicht leicht durch eine Capitisdeminution ihren Untergang findet. Es wäre also bey einem solchen Usufructuar zu besorgen, der Nießbrauch möchte ewig dauern, und dadurch die ganze Proprietät unnütz werden. Man stimmte aber doch endlich in die Meinung ein, welche auch der Gerichtsgebrauch annahm, daß einer Stadt, wie einer andern Person, der Nießbrauch vermacht werden könne, weil Städte mit andern Personen doch darin eine Aehnlichkeit haben, daß sie durch Untergang und Zerstörung, wie Menschen durch den Tod, zu seyn aufhören[17]), nicht minder, wie andere Personen, eine

imperio P. Romani sunt, legari potest: idque a *divo* NERVA introductum, postea a Senatu auctore *Adriano* diligentius constitutum est.

16) *L.* 20. *D. de rebus dubiis.* *L.* 73. *§.* 1. *D. de legat. I.* S. *Em.* MERILLII Observation. Lib. IV. cap. 16. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 659. not. 73. und *Io. Aug.* BACHII Trajanus p. 142.

17) *L.* 21. *D. h. t.* sagt: Si usus fructus civitati legetur, et aratrum in eam inducatur, civitas esse desinit; ut passa est Carthago: ideoque, *quasi morte,* desinit habere usumfructum. Von dem Gebrauche des Pfluges bey Zerstörung einer Stadt vergleiche man *Alb. Diet.* TRECKEL Selectar. Antiquitat. Cap. I. §. 6. Es bezieht sich hierauf die Stelle bey Horaz Lib. I. Carmin. Od. 16. v. 20 wo er sagt: *Inprimeretque muris hostile aratrum exercitus insolens;* wobey desselben Ausleger ACRON die Bemerkung macht: Condendis et evertendis urbibus haec con-

eine Capitisdeminution erleiden [18], und auch durch Nichtgebrauch den Usufructus verlieren können [19]). Hieraus erklärt

consuetudo fuit, ut aratio fieret. Carthago, dessen Modestin hier gedenkt, wurde von Scipio Afrikanus eingenommen, und gänzlich zerstört. VELLEIUS PATERCULUS *Histor. Rom.* Lib. I. cap. 12. PLINIUS Lib. XV. *Histor. Natur.* Cap. 18. Ein gleiches Schicksal erfuhren die Städte Corinth, Sagunt, Numantia u. m. a. Einen solchen Untergang einer Stadt verglichen die Alten mit dem Tode. So sagt Lykurg in Orat. *Κατὰ λεωκράτους:* *πόλεως ἐςὶ θάνατος ἀνάςατον γενέσθαι.* i. e. *Urbis mors est, reddi desolatam*; und bey Lucian im Charon sagt Mercur: *ἀποθνήσκουσι γὰρ καὶ πόλεις ὥσπερ ἄνθρωποι.* i. e. *urbes, ut homines, moriuntur.* S. *Io. van* NISPEN Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini novem libris Differentiar. supersunt. *Lugd. Bat.* 1752. Cap. 4. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. I. pag. 31. sqq.)

18) Eine Stadt erlitte eine Capitisdeminution, wenn sie zur Strafe ihrer Stadt- und Bürgerrechte beraubt wurde, wie Dio und Herodian von Byzanz erzählen.

19) *L. 66. §. 7. D. de legat. II.* A municipibus heredibus scriptis, detracto usufructu, legari proprietas potest: *quia non utendo possunt usumfructum amittere.* Eben deswegen, weil bey dem Fiskus keiner der angeführten Fälle, kein Tod nach Capitisdeminution, eintreten kann, so kann ihm der Nießbrauch schlechterdings nicht vermacht werden, denn er würde ewig dauern. S. D'AVEZAN cit. loc. pag. 207. wo er sagt: *Quaestionis est, an usufructus fisco relictus finiatur etiam eodem temporis spatio? Et verius esse videtur, non ut civitati, ita et fisco usumfructum posse relinqui, et, si relictus fuerit, ei denegandam esse actionem, quia scilicet, si fiscus haberet ius capiendi usufructus, nunquam rediret ad proprietatem, nunquam consoli-*

klärt sich denn auch, warum man, wenn weder der eine noch der andere Fall eintrat, einen Zeitverlauf von hundert Jahren zur Aufhebung des Nutznießungsrechts festsetzte, weil man einen hundertjährigen Zeitraum für das höchste menschliche Lebensziel hielt. So wird man nun vollkommen verstehen, wenn Cajus *L.* 56. *D. de Usufr.* sagt: An usufructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est. Periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret: quia neque morte, nec facile capitis deminutione periturus est, qua ratione proprietas inutilis esset futura, semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit, dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? *Et placuit, centum annis tuendos esse municipes: quia is finis vitae longaevi hominis est.* Eben dieser Grundsatz muß nun auch Statt finden, wenn einer Kirche, oder einem Kloster, oder einer andern frommen Stiftung der Nießbrauch zusteht [20]). Verschieden hiervon ist aber der Fall, wenn der Nießbrauch einem Religiosen vermacht worden ist. Hier läßt sich nicht behaupten, daß der ususfructus, als ein dem Kloster selbst angefallenes Recht, erst nach einem Ablauf von hundert Jahren sich endige; sondern bleibt der Legatar ein Mitglied des Klosters, so endiget sich der Nießbrauch mit dessen Tode [21]). Denn er ist selbst und

daretur, inanis esset proprietas et inutilis, semper abscedente usufructu, et penes fiscum perpetuo residente, cum fiscus nunquam moriatur, nunquam capite minuatur.

20) *L.* 23. *C. de SS. Eccles.*

21) TAMBURINUS de iure abbatum Tom. III. Disp. XI. Qu. 4. nr. 18. ENGEL Colleg. universi iuris canon. Lib. III. Tit. 31. nr. 38.

und bleibt der Usufructuar; das Kloster hingegen ist nur wegen des Verhältnisses, worin derselbe zu ihm steht, zu der Erhebung der Früchte berechtiget, sofern sie nicht etwa dem Religiosen mit Erlaubniß des Abts, als ein Peculium, überlassen worden sind. Wird nachher das Kloster aufgehoben, oder der Religiose hört sonst auf ein Mitglied des Klosters zu seyn, so endiget sich auch das dem Kloster auf die Erhebung der Früchte zustehende Recht, und der Legatar, mit dessen Person der Ususfructus gesetzlich verbunden bleibt, kann jetzt sein Recht wieder mit vollkommenem Grunde in Anspruch nehmen [22]).

Durch den Tod des Proprietars hört jedoch der Nießbrauch so wenig, als durch den Tod desjenigen auf, an welchen jener den Nießbrauch verpachtet hat, sondern der Ususfructus dauert fort, so lange der Usufructuar lebt [23]).

Ist nun der Nießbrauch durch den Tod des Nutznießers geendiget, so entsteht die Frage, ob und wiefern die Früchte des letztern Jahrs den Erben desselben zu Theil werden [24])? Cujaz [25]) glaubt, die Früchte müßten zwi-

 schen

22) S. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Abth. Resp. CXC. Qu. 2. nr. 26. S. 154.

23) *L. 3. §. 1. C. de Usufr. L. 10. C. eodem.* S. *Io. Christ.* SPITZ Progr. de certis modis, quibus ususfr. extinguitur. Adj. EIUSD. Diss. ad L. 15. §. ult. in fin. Dig. de Usufr. *Erfordiae* 1766.

24) Man vergleiche über diese Frage *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 10. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 147.) VOET Comm. h. t. §. 39. *Arnold* VINNIUS, und *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 36. I. de rer. divis. *Ge. Lud.* BOEHMER in

schen den Erben des Nutznießers und dem Eigenthümer, nach Verhältniß der Zeit getheilt werden, da der Nießbrauch in dem letzten Jahre gedauert hat [26]). Allein dieß läßt sich nicht allgemein nach richtigen Grundsätzen des Civilrechts behaupten, wie schon **Broüs** [27]), **Castillo** [28]), **Robert** [29]), und **Hartmann Pistoris** [30]) durch Widerlegung der Gründe des Cujaz hinlänglich gezeigt haben. Man unterscheide also bey der aufgeworffenen Frage zwischen **natürlichen** und **bürgerlichen Früchten**.

A) Die natürlichen Früchte hat der Usufructuar in so weit auf seine Erben transmittirt, als er bey seinem Leben noch das Eigenthum daran durch **die Perception** erworben

in Diss. de acquisitione fructuum. *Goett.* 1783. §. 60. *Ad. Frid.* TRENDELENBURG Diss. de iure fructuum in primis post Augustum maturescentium. *Buetzovii* 1771. §. 5—7. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 962. und *Lud. Christph. Car.* VEILLODTER Diss. in qua disquiritur, quatenus usufructu morte usufructuarii extincto, fructus in eius heredes transmittuntur? *Altorfii* 1802. 4.

25) Tr. de Feudis Lib. IV. Tit. 30. und Observation. L. XXIV. Cap. 21.

26) Er beruft sich auf *L. 26. D. de Uusufr. L. 5. §. 4. D. Si usufr. petet. L. 32. §. penult. Dig. de usu et usufr. legat.* Diese Stellen werden in der Folge vorkommen, und dann näher geprüft werden.

27) Exposit. in Iustiniani Institution. L. II. Tit. I. §. 36. nr. 3. p. 241.

28) De usufructu Cap. LXXVII. §. 15.

29) Animadversion. Lib. II. cap. 10.

30) Quaestion. iuris Lib. I. Quaest. XXIV. nr. 17. sqq. pag. 151. sqq.

erworben hatte. Soweit hingegen die Früchte zur Zeit seines Todes noch nicht abgesondert, oder wenigstens von dem Usufructuar noch nicht eingesammlet, und in Besitz genommen waren, gehören sie nicht den Erben desselben, sondern dem Proprietar, und dieser ist auch nicht schuldig, sie mit den Erben des Usufructuars zu theilen, wenn sie gleich zur Zeit des Todes desselben schon zur Erndte reif seyn sollten. Dies beweisen folgende Gesetzstellen ganz klar.

§. 36. *I. de rer divis.* Is vero, ad quem usus-fructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. *Et ideo, licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, ad heredes eius non pertinent*, sed domino proprietatis adquiruntur.

L. 8. D. de annuis legatis. In singulos annos relictum legatum simile est usuifructui, cum morte finiatur: sane capitis deminutione non finitur, cum usus-fructus finiatur. — Illud certe amplius est in hoc legato, quod ingressu cuiuslibet anni, si decesserit legatarius, eius anni legatum heredi suo relinquit: quod in usufructu non ita est; *cum fructuarius, etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, heredi suo eos fructus non relinquet.*

L. 13. D. h. t. Si fructuarius messem fecit, et decessit: stipulam, quae in messe jacet, heredis eius esse *Labeo* ait: spicam, quae terra teneatur, domini fundi esse: fructumque percipi, spica aut foeno caeso,

aut uva adempta[31]), aut excussa olea: quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed ut verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter observandum est de ea olea, quae per se deciderit. *Iulianus* ait, *fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit*: bonae fidei autem possessoris, mox quam a solo separati sint.

Diese Stellen stehen mit den oben vorgetragenen Grundsätzen von der Erwerbung des Eigenthums an den Früchten einer fremden Sache in dem genauesten Zusammenhange. Denn so lange die Früchte noch nicht abgesondert sind, werden sie, als Theile der Sache, für das Eigenthum dessen gehalten, dem die Sache selbst eigenthümlich zusteht[32]; weil man bey der Erwerbung der Früchte nicht auf das ius seminis, sondern blos auf das ius soli sieht, wie Julian[33]) lehrt. Nach ihrer Trennung von der Hauptsache, die sie erzeugt hat, sind sie Sachen für sich, deren Eigenthum ipso iure auf den Eigenthümer der Hauptsache fällt. Wenn aber der Eigenthümer Jemandem das Fruchtnutzungsrecht überlassen hat, so hat dieser zwar einen Titel, die Früchte der Sache sich zuzueignen. Aber sein Eigenthum werden sie erst durch Apprehension des Besitzes.

31) *Io. Guil.* HOFFMANN ad Pandect. libr. VII. Diss. VIII. §. 4. will statt uva ademta lieber *uva demta* lesen. Denn man sagt nicht uvam adimere, sondern *demere*. Daher vindemia.

32) *L. 61. §. 8. D. de furt.* sagt: Fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse. Add. *L. 44. D. de Rei vind.*

33) *L. 25. pr. et §. 1. D. de usur. et fructib.*

Besitzes[34]). Dies ist es, was in den angeführten Gesetzstellen perceptio genennt wird, wodurch der Fructuar die Früchte erwirbt. Die bloße Absonderung ist nicht hinreichend, wenn sie nicht von ihm selbst, oder von einem Andern in seinem Namen geschehen ist[35]). Sein Recht

34) *L. 12. §. 5. D. de usufr.* Man führt auch die *L. 78. D. de Rei Vind.* an. S. GMELIN Diss. Fructuum perceptio modis adquirendi dominii vindicata seu potius restituta. §. 4. und *Pet.* PERRENONIUS Animadvers. et variar. Lection. Lib. II. cap. 16. (in OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 647.) sagt ausdrücklich: L. 78. cit., ut ex *L. 13. D. Quib. mod. ususfr. admittitur* constat, accipienda est de fructuario; idque confirmat, quod ponitur in ea, eum, qui fructus percepit, suo nomine percepisse, et ita suos fecisse. Allein, daß die *L. 78.* vielmehr vom b. f. possessore zu verstehen sey, ist oben 8. Theils 1. Abth. §. 591. S. 274. ff. gezeigt worden. Mit dieser Erklärung stimmen auch die *Basilica* Tom. II. Lib. XV. Tit. 1. L. 78. pag. 213. überein, wo es heißt: Ὁ καλῇ πίςει νομεὺς, εἰ μὴ καρποὺς ἔλαβεν, οὐ δίδωσιν. i. e. *Bonae fidei possessor, nisi fructus ceperit, non restituit,* etc. Wenn in *L. 27. pr. D. de Usufr.* gesagt wird: et stantes fructus ad fructuarium pertinent, so heißt das nur so viel, der Fructuar hat ein Recht, sich die hangenden Früchte durch Perception zu eigen zu machen. S. GALVANUS de Usufructu. Cap. XXVIII. §. 3. pag. 332.

35) *L. 12. §. 5. D. de usufr.* wo gesagt wird, wenn ein Dieb die Früchte abgesondert, und sich zugeeignet hätte, so stehe nicht dem Usufructuar, sondern dem Eigenthümer des fundi die condictio furtiva zu, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, *licet ab alio terra separentur.* Nun steht die condictio furtiva nur dem Eigenthümer zu. *L. 1. D. de cond. furt.* Der Usufructuar kann sich jedoch der actio furti, auch selbst mit Ausschließung des Eigenthumsherrn, bedienen. Denn

in Absicht auf die Erwerbungsart der natürlichen Früchte ist also nicht so vortheilhaft, als das, welches einem bonae fidei possessor, und dem Emphyteuta zusteht[36]). Stirbt nun also der Usufructuar vor der Perception, so verbleiben die Früchte dem Eigenthümer, und die Erben haben daran keinen Anspruch. Jedoch müssen ihnen die Saat- und Bestellungskosten vergütet werden[37]).

Von dieser Regel finden nun aber folgende Ausnahmen Statt.

1) Wenn der Usufructuar durch die Schuld und widerrechtliche Handlung des Proprietars gehindert wurde, die Früchte noch bey seinem Leben einzuerndten[38]).

2) Wenn

Denn diese kann auch der Nichteigenthümer anstellen. §. 13. *I. de obligat. quae ex delicto nascunt.* wenn er nur sonst in Ansehung der gestohlnen Sache ein Interesse hat. S. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. Tom. II. Lib. VII. Tit. I. Qu. 9. not. o. und WESTPHAL de servitut. praedior. §. 674.

36) Dieser Unterschied ist schon an einem andern Orte mit Anführung der dahin gehörigen Gesetzstellen bemerkt werden. S. des 8. Theils 1. Abth. §. 590. Note 62. S. 260. f. Man vergl. jedoch auch BOEHMERI Diss. de acquisitione fructuum §. 57.

37) *L. 46. D. de Usur.* sagt: Quod in fructus redigendos *impensum* est, non ambigitur, *ipsos fructus* deminuere debere; und *L. 1. Cod. de fruct. et litium expens*, heißt es: Hoc *fructuum* nomine continetur, quod iustis sumtibus deductis superest. Add. *L. 36. §. 5. D. de heredit. petit. L. 7. pr. D. soluto matrim.* VOET in Commentar. ad Pand. Lib. VII. Tit. I. §. 28. in fin.

38) *L. 5. §. 4. D. Si ususfr. petet. L. 35. et 36. §. ult. D. de Usufr. L. 47. D. eodem.* S. BOEHMER cit. Diss. §. 60. in fin.

2) Wenn die natürlichen Früchte solche sind, welche, wie z. B. junge Thiere, nicht durch Menschenhände getrennt zu werden pflegen, sondern blos durch Hülfe der Natur sich absondern. Hier ist die bloße Absonderung zur Erwerbung auch ohne besondere Besitzergreifung hinreichend. Cajus sagt *L. 28. pr. D. de usur. et fruct.* Agni, et hoedi et vituli *statim pleno iure* sunt bonae fidei possessoris et *fructuarii* [39]).

3) Wenn in einem Lande der Grundsatz des alten deutschen Rechts noch gilt, nach welchem Feld- und Gartenfrüchte sofort für erworben gehalten werden, und daher auch, wenn sie gleich noch nicht abgesondert sind, doch auf die Erben des Nutznießers übergehen, wenn nur noch bey dessen Leben die nöthige Arbeit in Ansehung der Cultur und Bestellung verrichtet ist [40]). Soviel hiernächst

B) die

39) Bey andern Früchten, welche von selbst abgefallen sind, findet dieses nicht statt. Bey diesen ist zur Erwerbung des Eigenthums noch eine Besitzergreifung des Fructuars erforderlich; *L. 13. in fin. D. h. t.* Den Grund dieses Unterschiedes untersucht GALVANUS de Usufr. Cap. 28. §. 3. pag. 332. sq.

40) In Sachsen gilt die Regel: Was die Egge bestrichen, und die Hake bedeckt, das folgt dem Erbe. S. Sachsenspiegel 2. B. Art. 58. und 3. B. Art. 76. Jedoch gilt dies nur von Industrial-Früchten, nicht von andern natürlichen Früchten. Denn bey den letztern findet auch in Sachsen die Regel des gemeinen Rechts Statt. S. *Gottl.* WERNSDORFF Diss. An ex legibus Saxonicis fructus industriales maxima laboris parte peracta, semper usufructuario cedant? *Vitemb. 1795. de* BERGER Oecon. juris Lib. II. Tit. 3. Th. 24. Not 4. MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XII. Th. 18. not. V. und WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. 5. Obs. 95.

B) die bürgerlichen Früchte anbetrift, so ist ein Unterschied zu machen zwischen solchen, die ein Surrogat der natürlichen Früchte sind, und statt derselben erhoben werden, wie z. B. Miethzinsen und Pachtgelder, und solchen, die keine Surrogate sind.

I) In Ansehung der bürgerlichen Früchte der ersten Art ist zu bemerken, daß die Erben des Nutznießers darauf insoweit Anspruch haben, als der Nutzen, dessen Surrogat sie sind, schon beym Leben des Nutznießers gezogen worden ist. Nun lassen sich hier zwey Fälle gedenken. Die bürgerlichen Früchte dieser Art werden entweder

1) aus solchen Sachen bezogen, welche täglich und stündlich Nutzen gewähren. Z. B. die nutznießliche Sache ist ein Wohnhaus, oder Schiff, oder Sclave, welche der Usufructuar vermiethet hat. Hier ist der Miethzins zwischen dem Proprietar und den Erben des Nutznießers nach dem Verhältniß der Zeit zu vertheilen, da seit der geschehenen Vermiethung der nutznießlichen Sache der Nießbrauch noch gedauert hat. Den Miethzins für die bereits verflossene Zeit hat also der Usufructuar bis dahin, da der Nießbrauch durch seinen Tod geendiget ward, auf seine Erben transmittirt. Von der Zeit des geendigten Nießbrauchs an gehört er hingegen dem Proprietar. Hierher gehört *L.* 26. *D. de usufr.* wo **Paulus** sagt: Si operas suas locaverit servus fructuarius [41]), et, imperfecto tempore locationis, ususfructus interierit, *quod superest* [42]), ad proprietarium pertinebit. Der Grund hiervon

41) Man verbinde damit *L.* 25. §. 2. *D. de Usufr.*

42) *Quod superest* ist von den Lohn derjenigen Zeit zu verstehen, die nach Endigung des Nießbrauchs verlaufen ist.

von leuchtet in die Augen. Denn hätte der Usufructuar die Sache nicht vermiethet, so hätte er bis an seinen Tod auch den Nutzen und die Bequemlichkeit davon gehabt. Da er nun dadurch in keine schlimmere Lage versetzt werden kann, daß er die Sache an einen Dritten vermiethet hat, so muß er auch nach Verhältniß der Zeit, da der Nießbrauch gedauert hat, den Miethzins daraus beziehen [43]).

Oder sie werden

2) aus solchen nutznießlichen Gütern bezogen, welche keinen beständigen und ununterbrochenen Nutzen gewähren, sondern nur zu gewissen Zeiten des Jahres Früchte geben. Dahin gehören die Pachtgelder aus Aeckern, Wiesen und Weinbergen. Bürgerliche Früchte dieser Art sind ganz auf den Fuß der natürlichen Früchte zu behandeln, deren Surrogat sie sind. Der Usufructuar hat also ein Recht auf die Pachtgelder in soweit erworben, und auf seine Erben transmittirt, als der Pächter noch bey dessen Lebzeiten die natürlichen Früchte percipirt hat, wenn auch der Nießbrauch vor der Verfallzeit des Bestandgeldes sich geendiget gehabt hätte. Hatte also a) der Pächter zur Zeit des Todes des Usufructuars schon alle Früchte eingeärndtet, so gehört das ganze Pachtgeld den Erben. Hatte hingegen b) der Pächter bey Lebzeiten des Usufructuars noch gar nichts geärndet, so haben auch die Erben keinen Anspruch an den Pachtgeldern, sie sind vielmehr dasselbe, wenn es der Usufructuar etwa schon voraus empfangen haben sollte, dem

43) S. DONELLUS Commentarior. juris civ. Lib. X. cap. 9.

dem Proprietar zu restituiren verbunden[44]). Waren endlich c) die Früchte zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs von dem Pächter zum Theil percipirt, zum Theil noch stehend, so gehört den Erben des Nutznießers das Pachtgeld nur nach dem Verhältniß der von dem Pächter bereits bezogenen Früchte. In Ansehung der noch stehenden Früchte hingegen kommt es darauf an, ob der Proprietar den Pacht fortsetzen, oder, wie ihm freysteht, den Pächter vertreiben will. Im ersten Falle wird ihm das Pachtgeld zu Theil; in dem letztern aber kann er die Früchte, als sein Eigenthum in Anspruch nehmen, weil das Recht des Pächters mit dem Tode des Nutznießers ebenfalls aufhört[45]). Dies alles werden folgende Gesetzstellen bestärken.

L. 58. D. de Usufr. sagt: Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis: quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante Kalendas Martias[46]), quibus

44) *L. 1. §. 2. D. de condict. sine causa.* TRENDELENBURG in Diss. cit. de iure fructuum §. 6. pag. 21. und Griesinger im Commentar über das Wirtemberg. Landrecht 8. B. §. 303. und 304.

45) Man vergleiche hier vorzüglich VINNII Comm. ad §. 36. I. de rer. div. nr. 3.

46) Die Römer pflegten ihre Grundstücke gewöhnlich im Monat März zu verpachten, und auch am 1sten dieses Monats wurde der Pachtzins bezahlt. Man nannte daher diesen Monat *Mercedonius*. S. CUJACIUS in Comm. ad L. 98. D. de Verb. Signif. B. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Calendae* und de formulis et

quibus pensiones inferri debeant, decesserit; an dividi debeat inter heredem fructuariae et Rempublicam, qui proprietas legata est? Respondi, Rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere: *fructuariae vero heredem sua die, secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.*

L. 9. §. 1. *D. locati.* Si fructuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, — an ex locato teneatur conductor, *ut pro rata temporis, quo fruitus est, pensionem praestet,* MARCELLUS quaerit? Et magis admittit, *teneri eum:* et est aequissimum.

Soviel endlich II. die andere Art der bürgerlichen Früchte anbetrifft, die nicht als Surrogate der natürlichen zu betrachten sind, wohin Zinsen von nutznießlichen Capitalien, jährliche Gülten und andere dergleichen Gefälle, Laudemialgelder, so wie auch Einkünfte aus der bey dem nutznießlichen Gute befindlichen Erbgerichtsbarkeit und dergleichen zu rechnen sind, so ist zu unterscheiden. Der Usufructuar hatte sie entweder von dem letzten Jahre bereits erhoben, oder nicht. Erstere transmittirt er, als erworbenes Eigenthum, auf seine Erben. In Ansehung der letztern hingegen sind die Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. Einige 47) sprechen sie ganz allein dem Proprietar zu.

et solemn. pop. Rom. verbis Lib. VI, cap. 70. BRUMMER Diss. de locatione et conductione Cap. II. §. 6. (in *Opuscul.* a *Beyero* edit. pag. 393. ERNESTI ad *Suetonium* Excursu XII. und besonders TRENDELENBURG Diss. de iure fructuum. §. 6. Not. *) pag. 22 — 26.

47) TRENDELENBURG cit. Diss. §. 7.

zu. Andere 48) hingegen machen einen Unterschied, ob sie zur Zeit des Todes des Usufructuars bereits fällig waren, oder nicht. In dem ersten Falle sollen sie den Erben, in dem andern dem Proprietar gehören. Viele Rechtsgelehrten 49) sind ferner der Meinung, daß Zinsen und andere dergleichen jährliche Gefälle und Einkünfte zwischen dem Eigenthümer und den Erben des Nutznießers nach Verhältniß der Zeit getheilt werden müßten, wenn gleich zur Zeit des Todes des Usufructuars die Verfallzeit noch nicht eingetreten gewesen. Den sichersten Weg betreten, wie ich glaube, diejenigen, welche zum Grundsatz annehmen, daß der Usufructuar dergleichen Gefälle und jährliche Zinsen in soweit auf seine Erben transmittire, als er bis auf seinen Tod hin bereits ein Recht darauf erworben hatte, (quatenus *dies* eorum iam *cessit* vivo fructuario), wenn gleich diese Rata zur Zeit, da der Nutznießer starb, noch nicht gefordert werden konnte, (licet *dies* eorum nondum *venerit*). Nach diesem Grundsatz hat es also

a) keinen Zweifel, daß die Zinsen von den zu dem nutznießlichen Vermögen gehörigen Kapitalien zwischen dem Proprietar und den Erben des verstorbenen Nutznießers nach

48) Außer Hellfeld auch *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 24. Not. 4. et ad Eundem HAUBOLD not. o. T. I. pag. 356. THIBAUT im System des P. R. 2. B. §. 613. u. a. m.

49) CASTILLO de usufr. Cap. LXXVIII. nr. 7. HARPPRECHT Diss. de impedimentis usufr. statutar. materni. §. 42. nt. 265. (in Dissertation. academ. Vol. II. Disp. 77. p. 1580.) PISTORIS Quaest. iur. Lib. I. Qu. 24. n. 57. et 62. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 423. nr. IV. und Griesinger a. a. O. §. 307.

nach Verhältniß der Zeit getheilt werden müssen. Denn der Usufructuar hätte ja das Geld, wenn er es in Händen behalten hätte, täglich benutzen können. Pecunia enim quotidie suum usum adeoque fructum civilem habet [50]). Ein Gleiches gilt

b) von jährlichen Gülten und Real-Renten, die der Usufructuar bey dem nutznießlichen Gute zu beziehen hatte. Diese haben zwar auch einen bestimmten Tag für die Verfallzeit, vor welchem sie nicht eingetrieben werden können. Allein, da die Verbindlichkeit dazu sich nicht auf die Früchte, sondern auf andere Gründe bezieht, und deswegen auch ihre Quantität sich immer gleich bleibt, so war das Recht darauf begründet, auch ehe noch die Verfallzeit eintrat. Es muß folglich der Usufructuar, da die cessio diei bey bürgerlichen Früchten eben das wirkt, was bey natürlichen Früchten die Perception [51]), dergleichen Gülten und Renten, nach Verhältniß der Zeit, da der Nießbrauch in dem letzten Jahre bestand, auf seine Erben transmittiren [52]). Dahingegen verhält sich die Sache

c) mit

50) Arg. *L.* 24. *D. de Usu et ususfr. legato* vergl. mit *L.* 34. *D. Usur.* S. VOET in Comm. ad. Pand. Tit. de Usufr. §. 30.

51) Quod in fructibus naturalibus operatur *separatio*, idem in civilibus efficit *cessio obligationis* sagt MOLINAEUS in Consuetud. Parisiens. Tit. I. §. 1. gl. 8. nr. 35.

52) S. CASTILLO de Usufr. Cap. LXXVIII. nr. 7. „Cum annui „census *non fructuum contemplatione* debeantur, sed pretii, quo „ius eosdem exigendi coemtum fuit, *ideo fructuario, priusquam* „*dies solutionis adveniat, moriente, pro rata temporis eos divi-* „*di convenit.*“

c) mit Laudemial- Straf- Lehns- und Confirmationsgebühren ganz anders. Dies sind keine solchen Einkünfte, welche täglich und stündlich vorkommen, sondern nur bey Gelegenheiten. Der Usufructuar erwirbt daher nur dann ein Recht daran, wenn er die Handlung, wofür solche Gebühren bezahlt werden, noch in seinem Leben vorgenommen hat, oder ihn solche, wie dies bey Strafgebühren der Fall ist, rechtlich zuerkannt worden sind[53]. Es ist der Mühe werth, sich hierüber aus Voet[54]) zu belehren, welcher diesen practischen Punct überaus gründlich auf folgende Art bestimmt hat: Cum supra, sagt er, traditum fuerit, mulctas, poenas, commoda ex investiturae renovatione, emphyteuseos venditione, ministeriorum, honorum, dignitatum collatione in fructu esse, dicendum videtur, in hisce et similibus non delicti perpetrati; nec accusationis institutae, nec aperti feudi, aut honoris, vel beneficii ministeriique vacantis, vel emphyteuseos divenditae tempus spectandum esse; sed potius condemnationis in poenis mulctisve, renovatae investiturae in feudis apertis, confirmatae venditionis in emphyteusi, realis denique collationis beneficiorum aut ministeriorum vacantium, an scilicet tunc fructuarius in vivis sit, et ususfructus adhuc perduret, ut inde commoda sperata lucretur; prius vero mortuus, vel usufructu exutus, nullum ipse lucrum inde capiat, aut ad suos transmittat heredes. Omnia namque generis huiusce commoda

53) S. Car. Ferd. Hommels Pertinenz- und Erbsonderungs-Register voc. Lehnwaare, und voc. Strafgelder.

54) Comment. Tit. de Usufr. §. 31.

commoda non quotidie aut singulis momentis, sed, prout occasio tulerit, obvenientia, quamdiu acquisita, seu percepta non sunt, non inepte fructibus pendentibus assimilaveris, quos post finitum usumfructum neque fructuario cedere, neque ad heredem eius transire, iam ante observatum est.

Aus dem allen erscheint nun zur Genüge, wie irrig die Behauptung des großen Cujaz sey, wenn er die Früchte des letzten Jahres ohne Unterschied zwischen dem Proprietar, und den Erben des verstorbenen Nutznießers getheilt wissen will. Man urtheile nun selbst, ob die von mir nach der gemeinen Theorie der Rechtsgelehrten vertheidigte Meinung eine opinio et iniquissima et falsissima, wofür sie Cujaz halten will, genennt zu werden verdiene. Die von ihm angeführten Gesetzstellen stehen ihr wenigstens nicht entgegen, wie sich bey einer genauern Prüfung derselben sofort ergeben wird.

L. 26. de usufructu, deren Worte oben angeführt wurden, redet blos von den vermietheten Diensten eines zum Nießbrauch gegebenen Sklaven. Da hier der Usufructuar von den Diensten des Sklaven täglich hätte Nutzen ziehen können, wenn er ihn nicht vermiethet hätte, so mußte natürlich hier der Miethzins nach Verhältniß der Zeit vertheilt werden, da der Nießbrauch gedauert hat. Dies läßt sich aber keinesweges in dem Falle anwenden, da der Gegenstand des Nießbrauchs keine solche Sache ist, die täglich Nutzen gewährt. *Quia fructuarius*, wie Vinnius[55]) ganz richtig sagt, *nec minus, nec plus per conductorem*

55) Comm. ad §. 36. I. de rer. divis. nr. 3.

ductorem consequi debet, quam si ipse re fructuaria usus esset. Igitur sicut fructuarius, si fundum non locasset, ipse fructus percepisset, suosque omnes fecisset, ita pro fructibus, quos colonus, qui causam percipiendi ab eo habet, integros percepit, integra pensio ei debetur, quam et integram ad heredem transmittit, etsi nondum finito tempore locationis decesserit. Et convenienter si fructuarius decesserit, fructibus per colonum nondum perceptis, heredi eius nihil ex pensione debebitur. Quodsi decesserit parte fructuum percepta, parte nondum collecta, solutio pensionis fieri debet heredibus fructuarii pro rata perceptorum: proprietario pro rata eorum, qui percepti non erant. Ubi vero pensio pro quotidiano rei usu debetur, non potest deberi longius, quam is usus praecesserit, nec longius is usus praecessisse dici, quam steterit ususfructus, et alioqui plus consequeretur fructuarius per inquilinum, quam si ipse re usus esset.

Die *L. 5. §. 4. D. Si ususfructus petet.* beweist eben so wenig. Si post litem de usufructu contestatam, sagt daselbst Ulpian, fuerit finitus ususfructus, an ulterius fructus desinant deberi? Et puto desinere: *nam et si mortuus fuerit fructuarius, heredi eius actionem praeteritorum duntaxat fructuum dandam,* POMPONIUS libro XL. scribit. Offenbar ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo der Usufructuar an der Perception der Früchte war gehindert worden. Hier muß nach rechtlicher Interpretation angenommen werden, als hätte er die Früchte wirklich percipirt. Kein Wunder also, daß den Erben die Früchte für die Zeit, da ihr Erblasser an dem Genuß derselben rechtswidrig war behindert worden, haben zugesprochen werden müssen. *Non enim hoc accidit,* sagt

Pistoris

Pistoris[56]) sehr treffend, *tam ex temporis consideratione, quam ex eo, cum per alium stetit, quominus usufructuarius fructus perceperit, quod iura eum fructus percepisse, atque inde ad ipsum pertinere reputant, ut est in L. 36. §. fin. et L. 37. D. de Usufr.* Endlich noch

L. 32. §. penult. D. de Usu et usufr. leg. Auch diese Stelle enthält nichts von einer Vertheilung der Früchte, sondern sagt nur so viel, daß der Usufructuar das Pachtgeld für die verflossene Zeit, da schon die Früchte von den Pächtern waren eingeärndet worden, auf seine Erben transmittire, wie jeder aus den Worten selbst ersehen wird, welche folgendermassen lauten. Heredis instituti fidei commisit, (sc. mater) filio suo annua decem praestare: aut ea praedi aemere et adsignare, ut usumfructum haberet, reditum efficientia annua decem. Filius fundos sibi ab herede secundum matris voluntatem traditos locavit, et quaesitum est, defuncto eo, reliqua colonorum utrumne ad heredem filii fructuarii, an vero ad heredem Sejae testatricis pertineant? Respondit (Scaevola) nihil proponi, cur ad heredem Sejae pertineant. Hier kam noch der Umstand in Betrachtung, daß das Vermächtniß ein legatum annuum war, wovon die Prästation eines jedes Jahres für ein Ganzes gehalten wird, welches dem Legatar unzertrennt zu Theil werden muß, welches er daher auch ganz auf seine Erben transmittirt, wenn er nur den Anfang des neuen Jahres erlebt hat[57]).

56) Cit. loc. Qu. 24. nr. 29.

57) *L. 8. D. de annuis legat.*

§. 638.

Capitisdeminution.

Der Usfusfructus geht ferner

II) durch die capitis deminutio maxima und media verlohren[58]). Denn darin besteht der bürgerliche Tod, welcher alle persönliche Rechtsfähigkeit aufhebt. Nach dem ältern Rechte machte auch eine capitis deminutio minima dem Nießbrauche ein Ende, z. B. wenn der Usufructuar durch Arrogation in die väterliche Gewalt gebracht wurde[59]). Allein dies hat Justinian geändert. In der *L. 16. C. de Usufr.* heißt es §. 2. Sed neque per omnem capitis deminutionem huiusmodi detrimentum imminere nostris patimur subjectis (quare enim si filiusfamilias fuerit is, qui usumfructum habet, forte ex castrensi peculio, ubi nec patri usufructus acquiritur, ei possessum, per emancipationem eum amittat[60])? sed secundum quod definitum est, tunc eum tantummodo desinere, cum usufructuarius, vel res pereat, et tantummodo eum cum anima vel rei substantia expirare: nisi praedictae exceptionis vigor reclamaverit, excepta videlicet tali capitis deminutione, quae vel libertatem, vel civitatem Romanam possit adimere. Tunc etenim usus-fructus

58) *§. 3. I. de Usufr.*

59) PAULUS *Sententiar. Receptar. Lib. III. Tit. 6. §. 29. L. 1. D. h. t.* G. *Aug. Herm.* GMELIN Diss. de capitis deminutione minima. *Tübingae 1807.* §. 25.

60) G. MERILLIUS in Exposit. L. Decision. Iustin. Nr. XVIII. §. 2. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. c. 7. und WESTPHAL de Servitut. §. 932. not. 827.

fructus omnimodo ereptus, ad suam revertatur proprietatem. Und §. 1. *I. de adquisit. per adrogat.* sagt Justinian: Cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res eius corporales et incorporales, quaeque ei debita sunt, adrogatori antea quidem pleno iure adquirebantur: exceptis iis, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes, et ius agnationis: *usus* etenim et *usus fructus* licet his antea connumerabantur, attamen *capitis deminutione minima eos tolli probibuit nostra constitutio.*

§. 639.

Untergang und Umstaltung der Sache.

Nicht minder hört der Usufructus

III) durch gänzlichen Untergang des Gegenstandes desselben auf[61]), so daß die Dienstbarkeit dann nicht einmal mehr an den, als Accessionen der Hauptsache anzusehenden Dingen fortdauert, noch auch durch Restitution des Objects wiederauflebt[62]). Wenn daher das zur Nutznießung eingeräumte Haus abbrennt, so erlischt der Nießbrauch dergestalt, daß der Usufructuar nicht einmal den leeren Platz (area) ferner benutzen darf[63]), wenn

61) *L.* 2. *D. de Usufr.* Est enim usus fructus ius in corpore, quo sublato, et ipsum tolli necesse est. S. *Greg.* MAJANSII Disputat. iuris civ. Tom. I. Disp. 2. §. 18—33.

62) S. WESTPHAL §. 911. et §. 912.

63) §. 3. *I. de Usufr.* Eo amplius constat, si aedes incendio consumtae fuerint, vel etiam terrae motu, vel vitio suo corruerint; extingui usumfructum, et ne areae quidem usumfructum deberi.

wenn sich etwa derselbe noch zu einer Bleiche oder zu einem Garten benutzen ließe. Denn der usufructus areae ist ja ein von dem usufructus aedium ganz verschiedener Nießbrauch, und nur letzter, nicht der erste ist constituirt. Dieser Nießbrauch [64]) ist nun aber durch den Untergang des Hauses dergestalt erloschen, daß wenn auch das Haus von dem Proprietar nachher wieder aufgebauet wird, dennoch der einmal erloschene Ususfructus nicht wieder auflebt [65]). Eine theilweise Zerstörung und erfolgte Restitution hebt hingegen den Ususfructus nicht auf, wenn auch dergleichen Reparatur öfters geschehen wäre, so daß dadurch nach und nach das ganze Haus neu hergestellt worden ist [66]). Ist mir der Nießbrauch von einem fundus vermacht,

deberi. — *L. 5. §. 2. D. h. t.* Certissimum est, exustis aedibus, nec areae nec cementorum usumfructum deberi. — *L. 20. §. 2. D. de Servit. praed. urban.* Sublato aedificio, ususfructus interit, *quamvis area pars est aedificii.*

64) S. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. c. 11. *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 3. I. de Usufr. nr. 6. und *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris L. V. cap. 24.

65) *L. 10. §. 1. D. h. t.*

66) *L. 10. §. 7. D. h. t.* In *navis* quoque usufructu SABINUS scribit, siquidem *per partes* refecta sit, usumfructum non interire: si autem dissoluta sit, licet iisdem tabulis, nulla praeterea adjecta, restaurata sit, usumfructum extinctum. Quam sententiam puto veriorem. *Nam et si domus fuerit restituta, ususfructus extinguitur.* Von einer theilweisen Restitution des Hauses sagt noch *L. 10. §. 1. eod.* Plane si *per partes* reficiat, (proprietarius) *licet omnis nova facta sit*, aliud erit nobis dicendum, sc. ususfructus non extinguitur. Man sehe auch noch *L. 83. §. 5. de Verbor. obligat.*

macht, zu welchem ein Gebäude gehört, so erlischt jener nicht, wenn auch dieses abbrennt[67]). Dies hat vollends in dem Falle keinen Zweifel, wenn mir der Nießbrauch von dem ganzen Vermögen des Verstorbenen vermacht worden ist. Hier bleibt mir noch immer der Gebrauch von der area übrig, weil diese doch immer als ein Theil des mir überhaupt zur Nutznießung hinterlassenen Vermögens anzusehen ist[68]). Ist mir hingegen der Nießbrauch von einem Stück Vieh vermacht, und dieses fällt, so darf ich mir auch nicht einmal den Gebrauch der Haut anmassen[69]).

Dem Untergange der Sache wird eine gänzliche Umstaltung des Gegenstandes gleichgesetzt, wodurch nämlich die Sache aufhört, das zu seyn, was sie vorher war, jetzt in eine ganz andere Art von Sachen übergeht, und einen ganz andern Namen bekömmt[70]). Dahin gehört

67) *L. 8. D. h. t.* Fundi usufructu legato, si villa diruta sit, usus fructus non extinguetur (quia villa fundi accessio est).

68) *L. 34. §. 2. D. de Usufr.* Universorum bonorum, an singularum rerum, usus fructus legetur, hactenus interesse puto, quod si aedes incensae fuerint, usus fructus specialiter aedium legatus peti non potest. Bonorum autem usufructu legato, areae usus fructus peti poterit: quoniam qui bonorum suorum usumfructum legat, non solum eorum, quae in specie sunt, sed et substantiae omnis usumfructum legare videtur; in substantia autem bonorum etiam area est.

69) *L. 30. D. h. t.* WESTPHAL §. 918.

70) In den Gesetzen wird daher auch oft der gänzliche Untergang der Sache *Rei mutatio* genennt. S. *L. 5. §. 2. D. h. t.* PAULUS *Sentent. Recept.* Lib. III. Tit. 6. §. 31. überhaupt ist hier zu vergleichen *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 11.

hört z. B. wenn ein zur Nutznießung gegebener See austrocknet, und in ein Feld verwandelt wird [71]); oder wenn ein Wald, wovon der Nießbrauch vermacht worden, umgehauen, und die Pläne zu einem Acker gemacht wird [72]). Ferner wenn der Nießbrauch von einer Heerde Vieh vermacht ist, und diese sich dergestalt vermindert, daß nicht mehr zehen Stücke übrig sind, mithin der Name einer Heerde nun nicht mehr paßt. [73]) In allen diesen Fällen endiget sich der Usufructus durch Verwandlung der Sache eben so, als wenn von einer Quadriga ein Pferd fällt, und der Nießbrauch nicht von vier einzelnen Pferden, sondern ausdrücklich von einem Gespann von vieren vermacht worden ist [74]). Es müßte denn etwa ein viertes schon wieder

71) *L. 10. §. 3. D. h. t.*

72) *L. 10. §. 4. D. eod.*

73) *L. ult. D. h. t.* verglichen mit *L. ult. D. de abigeis.* Bey dem legato gregis ist es anders. *L. 22. D. de legat. I.* §. 18. *I. de legat.* Den Unterschied giebt NOODT c. l. pag. 467. sehr gründlich an, wenn er sagt: *Si legetur usufructus rei, non datur usufructus rei, qualis qualis sit, contra datur usufructus rei, quae in specie est. L. 34. §. 2. D. de Usufr. Igitur si mutetur species, finitur usufructus totius rei et partium eius, scilicet quia ipsa res est alia, quam fuit, et partes eius sunt partes rei alterius, quam cuius datus est usufructus — Proprietas contra si legetur, non vult testator eam, qualis in specie est, sed qualis qualis sit, legatarii fieri.*

74) *L. 10. §. 8. D. h. t.* Quadrigae usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur usufructus, quaeritur? Ego puto multum interesse, *equorum*, an *quadrigae* usufructus sit legatus: nam si *equorum*, supererit in residuis; si *quadrigae*, non remanebit, *quoniam quadriga esse desiit.* Es erhellet

wieder substituirt seyn, ehe noch der Legatar ein Recht auf das Vermächtniß erwarb [75]). Wird der nutznießliche Acker überschwemmt, so schadet zwar eine solche Inundation dem Recht des Usufructuars nicht, wenn das Wasser wieder in seine Ufer zurücktritt. Dauert hingegen die Ueberschwemmung fort, und der Acker wird dadurch in einen See verwandelt, so geht der Nießbrauch verlohren [76]). Bleibt, der Veränderung ungeachtet, doch die Species, z. B. es wird ein Feldgarten in einen Wein- oder Obstgarten verwandelt, so bleibt auch der Usufructus fortdauernd [77]). Es ist merk-

erhellet sowohl aus dieser, als mehreren andern Stellen, daß *Quadriga* bloß ein nomen numeri ist, und ein Gespann von vier Pferden anzeigt, mit oder auch ohne Wagen. *L. 58. D. pro socio L. 34. §. ult. et L. 38. §. ult. D. de aedilit. edicto.* S. NOODT c. l. T. I. p. 467.

75) *L. 11. D. h. t.* Nisi alius ante diem legati cedentem substitutus sit.

76) *L. 10. §. 2. L. 23. D. h. t.* Auch wenn der Fluß sein Bette verläßt, und der nutznießliche Acker zum alveus wird, so geht dadurch der Nießbrauch verlohren, und zwar auf immer, denn er lebt nicht wieder auf, wenn auch nach einiger Zeit der Fluß in sein altes Bette zurücktritt. *L. 24. pr. D. h. t:* — alveo mutato — amitti usumfructum existimo: cum is locus alvei publicus esse coeperit: neque in pristinum statum restitui posse. S. WESTPHAL §. 920. not. a.

77) *L. 10. §. 4. D. h. t.* Non tamen, si *arvi* usufructus legetur, et ibi vineae sint positae, vel contra puto extingui. Denn der Ausdruck ARVUM bezeichnet nicht blos einen ager sationalis, sondern auch einen ager consitus et florens, er begreift also auch Gärten und Weinberge unter sich. S. ISIDORUS *Origin.* Lib. XV. cap. 13. Auch Weinberge wurden gepflügt und umgeackert. VARRO *de re rustica* Lib. I. cap. 8.

merkwürdig, daß, wenn der Gegenstand nicht sowohl umgeformt, als durch eine den Zugang zu demselben unmöglich machende Unternehmung blos verhüllet ward, der Nießbrauch wieder auflebt, wenn der Gegenstand desselben durch Enthüllung restituirt wird, sofern diese nur noch erfolgt, ehe die Zeit verstrichen ist, wo der Nießbrauch durch Verjährung erlischt [78]). Eine allgemeine Regel, daß der durch Umstaltung erloschene Nießbrauch wieder auflebe, wenn die nutznießliche Sache ihre vorige Gestalt wieder erhält, läßt

78) *L. 71. D. de Usufr.* Si in *area*, cuius usufructus alienus esset, quis aedificasset, *intra tempus, quo usufructus perit, superficie sublata*, restitui usumfructum, veteres responderunt. S. *Guil.* FORNERIUS Selectionum Lib. II. cap. 16. in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 65. In mehreren Ausgaben der Pandecten, z. E. in der des Taurellius, Baudoza, Godefroi, und Gebauer, fehlt das Unterscheidungszeichen nach dem Wort *aedificasset*; allein der richtige Sinn dieser Stelle macht eine Interpunction durchaus nothwendig, wie schon NOODT de Usufr. Lib. II. c. 11. §. *Caeterum* bemerkt hat. Einen wichtigen Beweiß hiervon geben uns hier wieder die Basiliken Lib. XVI. Tit. 1. wo nach der Fabrotischen Ausgabe T. II. pag. 262. die Worte der L. 71. so lauten: Ἐὰν ἐν τῷ μεσαύλῳ, καθ' ὃν χρῆσιν ἔχω, ἄλλος ἐποικοδομήσῃ, καὶ καταλυθῇ τὸ ἔργον ἔσω τοῦ χρόνου τῆς ἀχρηστίας, ἀποκαθίσταταί μοι ἡ χρῆσις. i. e. *Si in area, in qua usumfructum habeo, alius aedificaverit, et aedificium dissolutum sit intra tempus, quo usufructus non utendo perit, usufructus mibi restituitur.* War die Zeit, da der usufructus durch Nichtgebrauch erlischt, schon verflossen, so lebt der Nießbrauch, sublato licet aedificio, nicht wieder auf, sondern er muß von neuen erworben werden. *L. 7. D. h. t.*

läßt sich also nicht aufstellen [79]). Hat übrigens der Proprietar selbst eine den Nießbrauch aufhebende Umstaltung der Sache zum Nachtheil des Usufructuars unternommen, so haftet er mit der actio ex testamento, oder de dolo für das Interesse [80]).

§. 639. b.

Consolidation.

Der Nießbrauch endiget sich ferner 4) durch **Consolidation**, wenn der Usufructuar das Eigenthum der nutz-

79) *L. 36. pr. D. de Usufr.* verglichen mit *L. 10. §. 5. D. h. t.* In der letzten Stelle sagt **Ulpian**: Si *massae* ususfructus legetur, et ex ea vasa sint facta, vel contra: CASSIUS scribit, interire usumfructum. Quam sententiam puto veram. Hiervon giebt **Afrikan** *L. 36.* den Grund an: Licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum ususfructus legatus sit. S. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris L. V. c. 28. nr. 4. et 5.

80) *L. 5. §. 3. D. h. t.* Si *areae* sit ususfructus legatus, et in ea aedificium sit positum, *rem mutari*, et *usumfructum extingui* constat. Plane si *proprietarius* hoc fecit, *ex testamento*, vel *de dolo tenebitur*. Die *actio ex testamento* findet nämlich Statt, wenn der Proprietar oder der Erbe noch vor der Uebergabe den Bau unternommen hatte. Die *actio de dolo* hingegen, wenn es nach der Uebergabe der area geschahe. Denn durch die Prästation des Vermächtnisses erlischt die actio ex testamento. S. POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXIX. not. c. Tom. I. pag. 243 Allein es hat auch in diesem letztern Falle, weil der Nießbrauch durch diese Aenderung des Gegenstandes einmal erloschen ist, die actio confessoria nicht statt. Daher kann nur die *actio doli* angestellt werden, wie aus **Julian** PAULUS *L. 9. D. Si servit. vindicet.* bemerkt. Man s. auch NOODT c. l. p. 467. in. fin.

nutznießlichen Sache erwirbt, oder dieser dem Proprietar den Nießbrauch cedirt, und hierdurch Nießbrauch und Proprietät in einer Person zusammen kommen. Item finitur ususfructus, sagt **Justinian** §. 3. *I. de Usufr.* si domino proprietatis ab usufructuario cedatur: vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei adquisierit; quae res *consolidatio* appellatur. **Theophilus** in seiner griechischen Paraphrase über diese Stelle macht dabey die ganz richtige Bemerkung: *Consolidatio*, graece *σώρευσις* 81), est, quando ususfructus cum proprietate in unum conveniunt. **Venulejus** nennt dieses Zusammentreffen des Nießbrauchs mit der Proprietät in einer Person *confusio*. Er sagt nämlich *L. 4. D. Usufr. quemadm. caveat*: Si fructuarius proprietatem adsecutus fuerit, desinit ususfructus ad eum pertinere, propter *confusionem*. Hieraus erklärt sich auch, wenn **Paulus** sagt *L. 27. D. h. t.* Si servus, in quo ususfructus alienus

81) Ob diese griechische Benennung vom **Theophilus** oder von einem Glossator desselben herrührt, ist ungewiß. S. *Guil. Ott.* REITZII Glossar. Theophilin. h. v. Tom. II. p. 1295. In einigen Exemplaren der Paraphrase steht das Wort nicht, sondern Κονσολιδατιών. Die griechischen Scholiasten haben es auch nicht gebraucht, sondern sagen σύγχυσις. S. *Scholia Basilicor.* ad h. Tit. Tom. II. pag. 281. lit. d. Die Vet. Glossae verbor. iuris, die *Car.* LABBAEUS edirt hat, und welche sich mit *Ant.* SCHULTINGII notis in *Ev.* OTTONIS *Thes. Iuris Rom.* Tom. III. befinden, haben pag. 1756. Κονσοβλιδατικόν. σύνοδος. Allein diese Leseart ist unstreitig fehlerhaft. SCHULTING meint, es müsse Κονσαλτατιών heißen. Allein richtiger scheint mir *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exerc. V. Cap. 6. nr. 21. Κονσολιδατιών zu lesen.

nus est, noxae dedatur a domino proprietatis usufructuario; liberabitur[82]), *confusa servitute*, proprietatis comparatione. Nach diesen Stellen ist es nun wohl keinem Zweifel unterworfen, daß Joh. Strauch[83]) Unrecht hat, wenn er sagt: Ususfructus tunc *consolidari* dicitur, si ad proprietarium, non si proprietas ad usufructuarium perveniat, wenn ihm gleich Johann Schilter[84]) beystimmt.

Verliert der Usufructuar nachher die mit dem Nießbrauche vereinigte Proprietät wieder, sie wird ihm z. B. evincirt, so entsteht die Frage, ob dadurch der erloschene Nießbrauch wieder auflebe? Die Gesetze unterscheiden hier zwey Fälle.

I) Wenn das Testament, worin dem Usufructuar die Proprietät war vermacht worden, von einem darin ausgeschlossenen Notherben als lieblos angefochten und rescindirt worden ist. Von diesem Falle handeln folgende Stellen.

1) *L. 57. pr. D. de Usufr.* Dominus fructuario praedium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit, idque praedium, aliquamdiu possessum, legatarius resti-

82) Die noxae deditio überträgt das Eigenthum auf den Usufructuar. *L. 18. L. 20. D. de noxal. act. §. 3. I. eodem.* Hierdurch wird nun auch der Usufructuar von allen Verbindlichkeiten gegen den Proprietar frey, wofür er die cautio usufructuaria geleistet hatte. So ist das *liberabitur* hier zu erklären, wie *Em.* MERILLIUS Differentiar. iuris Cap. 4. gezeigt hat.

83) Ad L. Decision. Iustiniani Exercit. V. Cap. 6. nr. 16.

84) Praxi iur. Rom. Exercit. XVII. §. 60.

restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est: *mansisse fructus ius integrum, ex post facto apparuit.*

2) *L.* 35. *D. de bonis libertor.* A liberto suo herede Seius usumfructum fundi Maevio legavit: is libertus Maevio herede relicto decessit. Quaero, cum contra tabulas testamenti petierit filius Seii adversus Maevium: utrum deducto usufructu pars debita ei fundi restituenda sit, an solida; quia eorum bonorum acceperit possessionem, quae liberti, cum moreretur, fuerunt? Respondit, *usumfructum in causam pristinam restituendum puto.* Optimum itaque erit, arbitrum postulare, ut arbitrio eius ususfructus in integrum *restituatur.*

Nach beyden Gesetzstellen soll also der Usufructuar das Nutzungsrecht wieder erhalten, wenn ihm die Proprietät, mit welcher der Ususfructus war consolidirt worden, durch die Inofficiositäts-Querel, oder die Bonorum possessio contra tabulas evincirt worden ist. Denn der Notherbe erhält, rescisso testamento, die Güter des Verstorbenen in dem Zustande, wie sie zur Zeit des Todes des Erblassers beschaffen waren, und also cum onere ususfructus. Es tritt hier die Intestaterbfolge ein, als wenn kein Testament vorhanden wäre. Folglich ist die Consolidation für nicht geschehen zu halten [85].

II) Wenn die Proprietät einem Dritten unter einer Bedingung vermacht worden ist, und der Usufructuar während

85) S. HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 2. und WESTPHAL §. 928. not. 823.

während der Pendenz derselben die Sache von dem Erben gekauft hat, nachher aber die Bedingung des Vermächtnisses existirt. Von diesem Falle redet *L. 17. D. h. t.* wo **Julian** sagt: Si tibi fundi ususfructus pure, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, pendente conditione dominium proprietatis adquisieris, deinde conditio extiterit: pleno iure fundum Titius habebit. Neque interest, quod, detracto usufructu, proprietas legata sit: dum enim proprietatem adquiris, ius omne legati ususfructus amisisti. Nach diesem Gesetz ist also das Nutzungsrecht durch die geschehene Consolidation dergestalt erloschen, daß nun nach eingetretener Bedingung das volle Eigenthum der Sache an den übergeht, welchem die Proprietät legirt worden ist. **Ulrich Huber**[86]) will zwar diese Gesetzstelle blos von dem Falle verstehen, da der Usufructuar bey dem Kaufe der Proprietät wußte, daß sie einem Dritten bedingt vermacht sey. Denn hier habe er den Erfolg vorausgesehen, und könne ihn Niemandem, als seiner eignen Handlung, zuschreiben. Hätte er hingegen jenen Umstand nicht gewußt, so müsse ihm der Nießbrauch, nach eingetretener Bedingung, aus richterlicher Billigkeit restituirt werden. **Huber** glaubt diese Einschränkung durch die *L. 16.* und *17. D. de contrab. emt.* vollkommen zu rechtfertigen. Auch **Westphal**[87]) giebt ihm hierin Recht. **Voet**[88]) meint sogar, daß von diesem Gesetz heut zu Tage gar kein Gebrauch mehr zu machen

86) Eunomia Rom. Lib. VII. ad h. L. 17. pag. 344.

87) De servitut. praedior. §. 924. not. 818. pag. 647.

88) Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

machen sey, da Julian blos nach dem strengen Recht gesprochen habe; nach der Billigkeit hingegen der Nießbrauch, bey eingetretener Bedingung der legirten Proprietät, eben so aufleben müsse, als wenn der Usufructuar die Proprietät gar nicht erworben gehabt hätte. Allein wie irrig alle diese Meinungen sind, hat durch eine richtigere Interpretation dieser Stelle Joh. Conr. Rücker [89]) und in Absicht auf die heutige Anwendbarkeit Joh. Schilter [90]) hinlänglich gezeigt. Es ist zwar freylich nicht zu läugnen, daß wenn der Usufructuar die Proprietät in gutem Glauben an sich kaufte, derselbe einen unbilligen Verlust an seinem Rechte erleide. Allein würde es denn nicht eben so unbillig seyn, den Ersatz dieses Schadens von dem Titius zu verlangen, dem schlechterdings keine Schuld dabey zur Last fällt, und welcher nun vielmehr selbst, nach dem Willen des Testirers, das volle Eigenthum mit Recht erhält? Daß ihm gleichwohl die Proprietät ohne den Nießbrauch vermacht worden ist, thut nichts zur Sache. Der Testirer wollte doch, daß Titius, wenn die Bedingung des Vermächtnisses existirt, das volle Eigenthum des legirten Grundstücks haben solle, sobald der Nießbrauch in der Person des Usufructuars zu existiren aufgehört hätte. Nun ist dieser Fall jetzt eingetreten. Wie kann man also wohl mit Grund behaupten, Julian habe gegen die Regeln der Billigkeit angestoßen, daß er dem Titius in dem gegebenen Falle das volle Eigenthum zuspricht? Allein, wird man sagen, es bleibt doch ein für allemal eine auffallende Unbilligkeit, daß der unschuldige Usufructuar den Schaden leiden

89) Observation. Cap. IV. §. 5. pag. 137. sqq.

90) Prax. iuris Rom. Exercit. XVII. §. 60.

leiden soll. Immerhin! dies konnte den Julian nicht kümmern, der hier bloß über das Recht des Titius entschied. Die Entschädigung des Usufructuars gehörte so wenig zur Entscheidung der vorliegenden Frage, daß Julian nicht einmal einen Unterschied macht, ob der Usufructuar darum gewußt habe, daß die Proprietät einem Dritten legirt worden sey, oder nicht. Eine Distinction, die doch Julian ohnmöglich hätte übersehen können, wenn die Sache des Fructuars mit zur Sprache gekommen wäre. Man sieht hieraus, wie höchst unwahrscheinlich Hubers Hypothese sey, wenn er die Entscheidung Julians blos auf den Fall einschränken will, da der Fructuar die Proprietät, wohlwissend, daß sie einem Dritten unter einer Bedingung legirt worden sey, von dem Erben kaufte. Die Worte Julians sind ganz generell gefaßt, und enthalten nichts, was uns zu dieser Einschränkung verleiten könnte [91]). Auch nicht die Billigkeit erlaubt es, dem Titius den mit der Proprietät consolidirten Nießbrauch zu entziehen, und solchen dem vorigen Usufructuar zu restituiren. Dieser muß zwar freylich entschädiget werden, aber ohne

91) Auch in den Basiliken Lib. XVI. Tit. 4. Tom. II. pag. 278. lauten die Worte der L. 17. ganz allgemein so: Ἐὰν χρῆσις καρπῶν ληγατευθῇ μοι χωρὶς αἱρέσεως, καὶ σοὶ ἡ δεσποτεία ὑπὸ αἵρεσιν ἂν οὐ τῆς χρήσεως τῶν καρπῶν, καὶ τῆς αἱρέσεως ἠρτημένης κτήσωμαι τὴν δεσποτείαν: ἐξιούσης τῆς αἱρέσεως πλήρη τὸν ἀγρὸν λαμβάνεις. ἐσβέσθη μοι γὰρ ἡ χρῆσις τῶν καρπῶν. i. e. *Si usufructus pure mihi legatus sit, et tibi proprietas sub conditione, et pendente conditione proprietatem adquisiero: existente conditione plenum fundum capies: usufructus enim in persona mea extinctus est.*

ohne Kränkung der Rechte eines Dritten. Er mag sich also an seinen Auctor halten, von dem er hintergangen worden ist, und gegen diesen ex emto auf Leistung des Interesse klagen. Ein Mehreres enthalten auch die *L. 16 et 17. D. de contrab. emt.* nicht, auf welche Huber sich beruft.

§. 640.

Zeit und Bedingung.

Ist der Nießbrauch nur bis auf eine gewisse Zeit, oder wenn eine gewisse Bedingung existirt, gegeben worden; so hört er V) auf, wenn die Zeit verflossen, oder die Bedingung eingetreten ist, und zwar hier ipso iure, nicht, wie bey Prädial-Servituten, ope exceptionis [92]). Z. B. mir ist der Nießbrauch unter einer Bedingung vermacht. Hier kann der Erbe, bis die Bedingung existirt, den Nießbrauch einem andern einräumen. Allein dieser usus fructus endiget sich ipso iure, sobald die Bedingung zur Wirklichkeit kommt [93]). Stirbt der Usufructuar vor Ablauf der bestimmten Zeit, so endiget sich zwar auch der Nießbrauch; ist jedoch die nutznießliche Sache einem Dritten vermacht, so braucht der Proprietar demselben die Sache nicht eher zu übergeben, als bis die Zeit verflossen ist [94]). Ist der Nießbrauch auf eine bestimmte Zeit vermacht, so darf der Erbe nicht durch seinen Verzug verursachen, daß der Usufructuar den Nutzen von einem

92) S. Ger. NOODT de Usufr. L. II. cap. 5. und dieses Theils 1. Abth. §. 623. Nr. 3. S. 33.

93) *L. 16. D. h. t.*

94) *L. 35. D. de Usu et Usufr. legat.* S. WESTPHAL §. 909.

einem Theile der bestimmten Zeit verliere [95]). Zwar findet deswegen keine Verlängerung der Nutznießungszeit statt, allein der Usufructuar kann wenigstens den Werth des entzogenen Genusses fordern [96]). Singulair ist es, daß nach einer gewissen Verordnung des Krs. Justinian [98]) der Nießbrauch, welcher Jemandem bis dahin, da ein Dritter ein gewisses Alter erreicht haben wird [97]), vermacht ist, immer bis auf die von dem Testirer bestimmten Jahre fortdauern soll, wenn auch der Dritte stirbt, ehe er noch dieses Alter erreicht hat. Wenn ferner der Usufructus bis dahin, da eine gewisse Bedingung in der Person eines Dritten existiren wird, z. B. ein Rasender seinen Verstand wieder erhalten, oder die Caja heyrathen, oder Titius einen Sohn zeugen wird, gegeben ist, und der Dritte stirbt, ohne daß die Bedingung erfüllet ward; so behält der Usufructuar den Nießbrauch, so lange er lebt. Die merkwürdige Decision, wodurch Justinian beyde Fälle, die nach dem ältern Recht zweifelhaft waren, entschieden hat, lautet folgendermaßen.

 L. 12.

95) *L. 37. D. de usufr.*

96) *L. 6. D. de usu et usufr. legato.* Si usufructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit, et per heredem steterit, quominus eum mihi daret: praeterito biennio, nihilominus tenetur, quemadmodum tenetur, si res legata in rerum natura desiisset, quam quis deberet, moratusque esset in ea danda: ut peti quidem iam usufructus, qui legatus sit, non possit: quia alius futurus sit, quam qui legatus fuerit, sed aestimatio eius bima duntaxat facienda sit.

97) Z. E. ich vermache dem A den Nießbrauch eines Grundstücks bis dahin, da sein Sohn die Mündigkeit erreicht haben wird. *L. 5. C. de Usufr.*

98) *L. 12. Cod. de Usufr.*

L. 12. C. de Usufr. Ambiguitatem antiqui iuris decidentes, sancimus, sive quis uxori suae, sive alii cuicunque usumfructum reliquerit, sub certo tempore, in quod vel filius eius, vel quisque alius pervenerit [99]; stare usumfructum in annos singulos, in quos testator statuit: sive persona, de cuius aetate compositum est, ad eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula: nisi ipse, cui ususfructus legatus sit, ab hac luce fuerit subtractus: tunc etenim ad posteritatem eius usumfructum transmitti, non est penitus possibile; cum morte usumfructum penitus extingui, iuris indubitati sit. Sin autem talis fuerit inserta conditio: *donec in furore filius, vel alius quisquam remanserit*: vel in aliis similibus casibus, *quorum eventus in incerto sit* [100]; siquidem resipuerit filius, vel alius, pro quo hoc dictum est, vel conditio extiterit, usumfructum finiri. Sin autem adhuc is in furore constitutus decesserit: *tunc quasi in usufructuarii vitam eo relicto, manere usumfructum apud eum.* Cum enim possibile erat ad omne vitae

99) In den *Basilicis Lib. XVI. Tit. 8. Const.* 35. heißt es deutlicher so: ἕως ὅτι γένηται ὁ υἱὸς αὐτοῦ εἰκοσι ἐνιαυτῶν. i. e. *donec filius eius ad annum vicesimum pervenerit.*

100) In den Basiliken c. l. Tom. II. pag. 298. wird das Beyspiel angeführt: ἢ ἕως ὅτε τυχὸν ὁ Πέτρος παιδοποιήσῃ. i. e. *vel Petrus liberos sustulerit.* Man sieht hieraus, daß die Verordnung des Krs. Justinian nicht, wie einige thun, blos auf den Fall, da ein Dritter rasend sey, eingeschränkt werden dürfe, als ob bloß für diesen Fall etwas Singulaires wäre verordnet worden. S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 622. a. E.

vitae tempus usufructuarii non ad suam mentem venire furentem, vel conditionem impleri, humanissimum est, *ad vitam eorum*[1]) *usumfructum extendi.* Quemadmodum etenim[2]), si decesserit usufructuarius ante impletam conditionem, vel furorem finitum, extinguitur ususfructus, ita humanum est, *extendi eum in usufructuarii vitam*, et si antea decesserit furiosus, vel alia conditio defecerit.

Ueber die hier entschiedenen Controversen finden wir kaum noch Spuren in den Fragmenten der Pandecten[3]). Der Hauptzweifel in jenem ersten Falle mochte wohl der seyn, daß in dem Vermächtniß, wodurch die Dauer des Nießbrauchs von dem bestimmten Alter eines Dritten war abhängig gemacht worden, die stillschweigende Bedingung zu liegen schien, wenn nämlich der Dritte dieses Alter erreichen wird[4]). Denn eine ungewisse Zeit wird

1) *Franc.* RAGUELLUS in Commentar. ad constitut. et decision. Iustiniani. h. L. 12. C. de Usufr. pag. 176. will statt eorum lieber *eius* lesen, weil es auf den Usufructuar gehe. Allein *Em.* MERILLIUS in Expositionib. in L. Decision. Iustiniani Nr. IV. ad h. L. 12. C. (*Operum* Neapoli *1720.* 4. editor. pag. 11.) vertheidigt die gemeine Leseart, und erklärt das EORUM so: *hoc est Titii, cui ususfructus legatus fuerit, donec filius in furore perseveraret; vel alterius, cui sub alia conditione ususfructus legatus fuerit, puta, donec Seja nuberet.*

2) Für Quemadmodum *etenim* will *Ger.* NOODT de Usufructu Lib. II. cap. 5. *Oper.* T. I. pag. 455. Quemadmodum *etiam* lesen, weil Justinian einen doppelten Entscheidungsgrund anführt.

3) Man vergleiche hier vorzüglich *Io.* STRAUCH ad L. Decisiones Iustiniani Exercit. V. Cap. 1 — 4.

4) *L. 49. §. 2. et 3. D. de legat. I.*

in Testamenten wie eine Bedingung angesehen [5]). Nun ist es ungewiß, ob der Dritte dieses Alter erreichen wird. [6]). Daher lehrt Julian [7]), daß die Bedingung eines Vermächtnisses, dessen Prästation auf den Fall gestellet worden, da ein Dritter ein gewisses Alter erreicht haben wird, für defect zu halten sey, wenn dieser vorher verstirbt. Vielleicht mochte mancher Römische Jurist auch glauben, der Ususfructus erlösche, dessen Dauer nach dem Alter einer dritten Person bestimmt worden ist, wenn der Dritte vor diesem Alter stirbt. In dem andern Falle hingegen war es zwar außer Zweifel, daß wenn in der Person des Dritten die Bedingung existirt, von deren Erfolg die Dauer des vermachten Nießbrauchs ist abhängig gemacht worden, der Ususfructus aufhöre. Allein sehr zweifelhaft war es, ob der Nießbrauch auch dann erlösche, wenn der Dritte in der Raserey, oder die Caja unverheyrathet, oder Titius ohne Kinder verstirbt. Man sollte glauben, die Bedingung sey hier für erfüllt zu halten, und daher der Nießbrauch geendiget. Denn wie läßt sich von einem Verstorbenen noch sagen, er rase? Gleichwohl behauptete Scävola [8]), der Nießbrauch dauere fort, nicht anders, als ob er dem Usufructuar auf seine ganze Lebenszeit wäre hinterlassen worden, wenn nicht ganz deutlich bewiesen werden kann, daß der Testator ein anderes gewollt habe. Allen diesen Zweifeln begegnet nun Justinian in seiner Deci-

5) *L. 30. §. 4. D. de legat. I. L. 75. D. de condit. et demonstrat.*

6) *L. 22. D. Quando dies legator. L. 40. §. 2. D. de condit. et demonstrat.*

7) *L. 16. D. de manumiss. testam.*

8) *L. 32. §. 6. D. de usu et usufr. legat.*

Decision, und setzt in jenem ersten Falle fest, daß der Nießbrauch, welcher Jemandem bis auf ein gewisses Alter eines Dritten vermacht worden ist, unbedingt auf soviel Jahre sich erstrecken solle, als zur Erfüllung dieses Alters erfordert werden; welches denn die Folge hat, daß nicht nur der Nießbrauch bis auf die Zeit, die der Testirer bestimmt hat, fortdauert, wenn gleich der Dritte vor der Erfüllung dieses Alters stirbt; sondern da hier auch der Nießbrauch für einen solchen zu halten ist, der in annos singulos vermacht worden; so ist rechtlich anzunehmen, daß er auch solange auf den Fall für stillschweigend wiederholt, und von neuem vermacht zu halten sey, da in der Person des Usufructuars ein rechtlicher Grund, wodurch der Nießbrauch geendiget wird, eintreten sollte, bis die bestimmte Zeit verflossen ist. Nur durch den Tod desselben soll sich der Nießbrauch vor der Zeit endigen, weil der Usufructus seiner Natur nach nicht auf die Erben übergeht. Der Hauptentscheidungsgrund des Gesetzgebers ist nun der, weil in dem Falle, da die Dauer des Nießbrauchs bis auf ein gewisses Alter eines Dritten bestimmt worden, anzunehmen sey, der Testirer habe nach seiner Absicht nicht sowohl auf die ungewisse Lebensdauer des Dritten, als vielmehr auf eine darnach bestimmte Reihe von Jahren Rücksicht genommen. In dem zweyten Falle hingegen entscheidet **Justinian** nach der Meinung des **Scävola**, und unterstützt sie mit folgenden Gründen. Erstens weil es leicht möglich sey, daß, wenn auch der Dritte nicht gestorben wäre, dennoch die Bedingung, so lange der Usufructuar lebt, nicht existirt hätte. Zweytens sey die Erstreckung des Nießbrauchs auf die ganze Lebenszeit des Usufructuars auch der Billigkeit gemäß, weil sich das Recht des-

desselben geendiget hätte, wenn der Usufructuar auch vor der Existenz der Bedingung gestorben wäre. In der Glosse ist zwar gegen diese Gründe manches eingewendet worden. Man kann aber darüber ganz wohl hinausgehen, da die Entscheidung an sich keinem Zweifel unterliegt.

§. 640. b.

Erlöschung des Rechts des Constituenten.

VII. Wenn das Recht dessen, welcher den Usufructus constituirte, an der nutznießlichen Sache aufhört, so erlischt auch der Nießbrauch, jedoch nur nach folgenden Unterscheidungen.

1) Der Constituent hatte nur ein temporaires Eigenthum. Hier hört der Nießbrauch nur alsdann auf, wenn das Eigenthum ex tunc widerrufen, oder überhaupt durch eine, bey Erwerbung desselben gemachte Resolutiv-Bedingung, (z. B. addictio in diem) aufgehoben wird [9]. Auf diesen Fall geht die Regel: Resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis. Wird hingegen das Eigenthum des Constituenten ex nunc resolvirt, so bleibt der Nießbrauch gültig [10].

2) Der Constituent hatte ein unwiderrufliches Eigenthum, und hat solches durch eine freywillige Veräußerung einem Dritten überlassen. Hier dauert der Nießbrauch fort. Cajus [11]) sagt: usufructus dominii mutatione non amitti-

9) *L. 16. D. h. t.*

10) S. des 8. Thls. 1 Abthl. §. 577. S. 77.

11) *L. 19. D. h. t.*

amittitur. Ein Hauptgrund liegt auch schon, wie Hellfeld ganz richtig bemerkt, in der Natur eines dinglichen Rechts.

§. 641.

Nichtgebrauch und Extinctiv-Verjährung.

Der Ususfructus geht ferner VIII) durch Nichtgebrauch verlohren, soweit er klagend hätte verfolgt werden können und sollen. Vor Justinian war ein Unterschied, ob die nutznießliche Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist. Im ersten Falle war schon ein einjähriger Nichtgebrauch hinreichend, im andern hingegen ward ein Nichtgebrauch von zwey Jahren erfordert [12]). Allein Justinian [13]) hat dieses geändert, und verordnet, daß, ohne Unterschied der Sachen, an welchen der Nießbrauch gegeben worden, nur ein Nichtgebrauch von zehen oder zwanzig Jahren dem Nutznießungsrechte ein Ende machen solle, je nachdem der Usufructuar während der Zeit gegenwärtig, oder abwesend war. Da aber den Sinn dieser neuen Verordnung sehr gestritten wird, so halte ich es für nöthig, zuvörderst die Worte selbst dem Auge darzustellen. *L. 16. C. de Usufr.* lautet so: Corruptionem ususfructus multiplicem esse veteribus placuit, vel morte usufructuarii, vel capitis deminutione, vel non utendo, vel aliis quibusdam non ignoratis modis. Sed de usufructu quidem hoc indubitatum fuerat: de personali autem actione

12) PAULUS *Lib. III. Sententiar. Tit. 6. §. 30.* Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno.

13) *L. 16. Cod. de Usufr.*

actione, quae super usufructu nascitur, sive in stipulationem ususfructus deductus sit, sive ex testamento relictus, dubitabatur: morte quidem usufructuarii et capitis deminutione eam tolli omnibus concedentibus: non utendo autem, si per annum vel biennium forsitan eundem usumfructum non petierit usufructuarius, si personalis actio tollatur, altercantibus. Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere, nisi tantummodo morte usufructuarii, et ipsius rei interitu: sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat, dum vivit intactum; cum multae et innumerabiles causae rebus incidant mortalium, per quas homines iugiter retinere, *quod* habent, non possunt. Et est satis durum, per huiusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere.* Die letztern Worte sind es, welche eine doppelte Streitfrage veranlaßt haben.

1) Ob es bey der Erlöschung des Ususfructus durch Nichtgebrauch noch auf den Unterschied ankomme, ob der Nießbrauch an beweglichen oder unbeweglichen Sachen constituirt worden ist? Viele [14]) behaupten, daß Justinian diesen

14) *Franc.* RAGUELLUS in Comment. ad constitut et decisiones Iustin. ad h. L. 16. C. de Usufr. pag. 181. *Franc.* BROEUS in Expositionib. in Iustiniani Institut. ad §. 3. I. de Usufr. §. 2. *Arn.* VINNIUS in Comment. ad §. 3. I. de Usufr. nr. 5. *Em.* MERILLIUS in Expositionib. in L. Decis. Iustiniani. Nr. XVIII. *Operum* P. II. p. 54. und *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 4. §. 11. in fin.

diesen Unterschied nicht aufgehoben, sondern vielmehr in den angeführten letzten Worten der L. 16. dadurch bestätiget habe, daß er den Termin der erwerbenden Verjährung beym Eigenthum auf die erlöschende Verjährung beym Ususfructus ausdrücklich übergetragen hat. Der Nießbrauch an beweglichen Sachen gehe also durch einen Nichtgebrauch von drey Jahren, der an unbeweglichen Sachen hingegen durch einen Nichtgebrauch von zehen Jahren inter praesentes, und von zwanzig inter absentes verlohren. Allein wie wenig sich diese Meinung rechtfertigen lasse, hat schon Gerhard Noodt [15]) einleuchtend gezeigt. Man erwäge doch nur, daß der Unterschied zwischen Gegenwart und Abwesenheit, den hier Justinian auf die erlöschende Verjährung des Nießbrauchs überträgt, nur bey der erwerbenden Verjährung der unbeweglichen Sachen in Betrachtung kommt, und daß Servituten in Absicht auf Verjährung den Immobilien gleichgeachtet werden. Sodann hat Justinian sich noch in einer neuern Constitution über seine Absicht deutlich genug erklärt, nämlich in der *L.* 13. *C. de Servitutib.* wo er sagt: Sicut *usumfructum*, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem (tempus) immobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, *sed ei decennii, vel viginti annorum dedimus spatium:* ita et in caeteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur, non biennio, (qui

15) De Usufructu Lib. II. cap. 8. (*Operum* Tom. I. pag. 459.) Man sehe auch WESTPHAL de Servit. praedior. §. 880. Not. 773. a. pag 610. und Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 59. S. 155.

(qui tantummodo soli rebus annexae sunt) sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes: ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis. Hier gedenkt nun der Kaiser des Unterschiedes zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ausdrücklich, den das ältere Recht bey der Erlöschung des Ususfructus durch Nichtgebrauch machte, hebt ihn aber auch deutlich genug auf, indem er verordnet, daß statt desselben nach Verhältniß der Gegenwart oder Abwesenheit ein Zeitraum von zehen oder zwanzig Jahren erforderlich seyn solle. Alles dieses bestärken endlich auch noch die Basiliken[16]), welche in Beziehung auf die *L.* 16. *C. de Usufr.* sagen: Η διάταξις κελεύει χρῆσιν πράγματός τινός χρεωστουμένην τινὶ, — μὴ φθείρεσθαι τῇ ἀχρησίᾳ διὰ δύο ἐνιαυτῶν, ἀλλὰ δέκα ἢ εἴκοσι ἐνιαυτοῖς. i. e. *Ex hac constitutione usufructus rei alicuius, qui alicui debetur, non corrumpitur non utendo per biennium, sed per decennium duntaxat, aut vicennium.* Man streitet ferner

2) darüber, ob zur Erlöschung des Nießbrauchs der bloße Nichtgebrauch hinreichend sey, oder ob nicht, außer dem Nichtgebrauche, auch noch eine usucapio libertatis von Seiten des Proprietars hinzukommen müsse, welche darin besteht, daß der Eigenthümer die nutznießliche Sache während der Zeit, da der Usufructuar sich seines Rechts nicht bediente, redlicher Weise im Besitz gehabt, und die Früchte der Sache selbst gezogen habe? Die meisten Rechtsgelehr-

16) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 8. Constitut. 39. pag. 299.

gelehrten[17]) behaupten das letztere, und glauben, daß dieses in den Worten der *L.* 16. *C. de Usufr.* nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere, unverkennbar liege. Andere[18]) hingegen verwerfen diese Erklärung schlechterdings, überzeugt, daß die bemerkten Worte auf keine usucapio libertatis, sondern blos auf den Ablauf der Zeit sich beziehen, wie Jedem in die Augen leuchten müsse, der die *L.* 13. *C. de Servitut.* damit vergleicht, als welche ganz klar zeige, daß Justinian nur die Absicht gehabt habe, sagen zu wollen: der Nießbrauch gehe durch Nichtgebrauch nur in der Zeit verlohren, in der man das Eigenthum unbeweglicher Sachen durch Verjährung erwirbt. Mir scheint der in der *L.* 16. *C. de Usufr.* angeführte Grund, und das eigenthümliche Wesen

17) *Em.* MERILLIUS in Exposition. ad L. Decision. Nr. XVIII. pag. 55. *M. Aurel.* GALVANUS de Usufructu Cap. XLI. §. 11. pag. 611. sqq. *Ian. a* COSTA in Comm. ad §. 3. I. de Usufr. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 188. §. 16. WESTPHAL de Servitut. praed. §. 880. not. 773. a. pag. 610. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1124. in fin. et not. m. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. h. t. §. 427. Gros Geschichte der Verjährung IV. Abschn. S. 80. Konopak Institutionen des Röm. Rechts. §. 289. und not. z.

18) *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. iuxta seriem Dig. Decad. XXII. §. 1. *Io. Ort.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 7. *Christ. Gottl.* HAUBOLD ad *Bergeri* Oeconom. iuris Lib. II. Tit. III. Thes. 23. not. k. pag. 354. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 57. und desselben Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 9. S. 39. f. §. 20. S. 92. und §. 26. S. 112. f. Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 174. S. 272. ff.

Wesen des Usufructus so deutlich für die erste Meinung zu sprechen, daß ich ihr beyzustimmen kein Bedenken finde. Denn 1) sagt es ja der Gesetzgeber ganz deutlich, daß der Nießbrauch durch den bloßen Nichtgebrauch nicht verlohren gehen solle, und nimmt den Grund theils von der eigenthümlichen Natur des Nießbrauchs her, welcher, als eine persönliche Servitut, stets dem Usufructuar auf seine ganze Lebenszeit eingeräumt wird, theils daher, daß sich unzählige Fälle ereignen können, wo man von seinem Recht keinen Gebrauch machen kann, und es daher sehr hart seyn würde, nun deswegen sein Recht zu verlieren. Der Usufructuar soll daher seinen Nießbrauch, des non usus ungeachtet, behalten, so lange er lebt, nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere. Sollten diese Worte auf keine usucapio libertatis hinweisen, sondern sich blos auf den Ablauf der Zeit beziehen, so wäre ja das Alles, was Justinian von dem non usus, und noch dazu aus Gründen, vorausgeschickt hatte, ein leerer Schall ganz unnützer Worte. Denn daß der Nießbrauch durch Nichtgebrauch verlohren gehe, daran zweifelte auch das Alterthum nicht. Allein der bloße non usus war schon hinreichend. Dies fand Justinian hart, zumal da eine so kurze Zeit in dem ältern Rechte bestimmt war. Deswegen änderte der Kaiser die Extinctivverjährung des Nießbrauchs in Rücksicht auf Form und Zeitraum ab, wozu die ganz eigne subjective Beziehung, welche eben bey dem usufructu eintritt, und sonst bey keiner einzigen der Realservituten Statt hat, den Gesetzgeber sehr leicht veranlassen konnte, den Nießbrauch

von

von den bisherigen Grundsätzen in Absicht auf Extinctivverjährung ausdrücklich auszunehmen [19]). Diese Erklärung wird nun noch insonderheit 2) durch die Stelle in den Institutionen, §. 3. *I. de Usufr.* bestärkt, wo Justinian sagt: Finitur autem ususfructus morte fructuarii; et duabus capitis deminutionibus, maxima et media; et *non utendo per modum et tempus: quae omnia nostra statuit constitutio.* Ich übergehe hier die schon längst von andern [20]) widerlegte irrige Erklärung derjenigen, welche hier einen neuen rechtlichen Grund, aus welchem der Nießbrauch verlohren geht, zu finden geglaubt haben, nämlich Mißbrauch der nutznießlichen Sache, obgleich unser Verfasser selbst sich in der Folge (§. 658.) zu dieser irrigen Hypothese bekennt; unläugbar aber ist es, daß sich der Kaiser hier auf die *L.* 16. *C. de Usufr.* bezieht. Indem er nun modum und tempus unterscheidet, und dabey auf seine Constitution verweißt, so erscheint daraus deutlich genug, daß in dieser Verordnung nicht bloß von Erweiterung des Zeitraums die Rede sey, sondern auch ein certus modus vorgeschrieben sey, quo non utendo ususfructus hodie amittitur, wie Janus a Costa [21]) sich sehr richtig ausdrückt [22]). Soll übrigens der Ususfructus durch Nichtgebrauch erlöschen, so muß

1) ein

19) S. Pfeiffers vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und Röm. Privatrechts. Marburg 1803. S. 296.

20) S. *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 9. pag. 460.

21) Comm. ad §. 3. I. de Usufr. pag. 198.

22) THEOPHILUS in Paraphr. graec. ad §. 3. I. de Usufr. sagt: τρόπῳ ῥητῷ καὶ ὡρισμένῳ χρόνῳ i. e. *certo modo et constituto tempore.* NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 9. pag. 462. glaubt;

die

1) ein wirklicher non usus vorhanden seyn. Dieser läßt sich aber nach *L*. 38. *D. de usufr.* verbunden mit *L*. 12. §. 2. *D. eodem* nur dann annehmen, wenn der Usufructuar sein Recht weder selbst ausgeübt hat, noch durch einen Andern auf seinem Namen hat ausüben lassen; z. B. durch einen Pächter, Käufer, Donatar, oder negotiorum gestor. Es ist indessen ein Unterschied, wenn auch der, welchem der Usufructuar die Ausübung seines Rechts überlassen hat, dieselbe unterläßt, ob die Ueberlassung käuflich, oder unentgeldlich geschehen ist. Im ersten Falle schadet der non usus des Käufers nichts, genug, daß der Verkäufer das Kaufgeld benützt. Quia qui pretio fruitur, sagt Cajus *L*. 39. *D. de Usufr.* non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur. In dem letzten Falle hingegen muß der Donatar den Nießbrauch ausüben, wenn er nicht verlohren gehen soll. Marcian sagt *L*. 40. *D. de usufr.* Quod si donavero, non alias retineo, nisi ille utatur. Hat der Usufructuar den Nießbrauch an den Proprietar selbst verpachtet, und dieser verkauft das Grundstück ohne Vorbehalt des Nießbrauchs an einen Dritten, so geht dadurch der Nießbrauch für den Usufructuar verlohren, wenn gleich der Proprietar den Pachtzins bezahlt. Denn der dritte Käufer besitzt das Grundstück auf seinem Namen, nutzt es also nicht auf dem Namen des Usufructuars. Ein Gleiches gilt in dem Falle, da der Proprietar das nutznießliche Gut im eigenen Namen weiter an einen Dritten verpachtet hat, weil auch

die Worte *per modum et tempus* enthielten eine Figur, welche die Grammatiker ἓν διὰ δύο nennen, und hießen soviel, als per modum temporis, nova lege a Iustiniano definiti.

auch hier der dritte Pächter den Nießbrauch nicht auf dem Namen des Usufructuars ausübt. Es tritt also von dieser Zeit an auf Seiten des letztern im rechtlichen Sinne ein non usus ein, der den Usufructus ein Ende macht, wenn der Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit noch hinzukommt. Es gehört hierher die merkwürdige Stelle der *L.* 29. *pr. D. h. t.* wo es heißt: *Pomponius* quaerit, si fundum a me proprietarius conduxerit, eumque fundum vendiderit Sejo, non deducto usufructu, an usumfructum per emtorem retineam? Et ait, licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti, *quia non meo nomine, sed suo fruitus est emtor.* Teneri plane mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non esse: quanquam, si a me conductum usumfructum quis alii locaverit, retinetur usufructus: sed si proprietarius eum locasset *suo nomine*, dicendum amitti; *non enim meo nomine fruitur colonus.* Diese Stelle lehrt zugleich, daß Alles ganz anders sey, wenn der Pächter des Usufructus nicht der Proprietar selbst ist [23]).

2) Es wird ein gänzlicher Nichtgebrauch erfordert. Hat also der Usufructuar seit der Verjährungszeit nur einen partiellen Gebrauch von seinem Rechte gemacht, so ist der Nießbrauch nur so weit verlohren, als der Usufructuar sein Recht nicht ausgeübt hat [24]). Denn es ist eine Eigenheit des Nießbrauchs, daß er unter allen Servituten

nur

23) S. WESTPHAL cit. libr. §. 895. not. 790.

24) *L. 5. D. de Usufr. L. 14. L. 25. D. h. t.*

Von dieser Verjährung ist jedoch der usufructus alternis annis constitutus ausgenommen, bey diesem wird jeder Zeitabschnitt, wie eine besondere Servitut, angesehen, und erfordert daher eine besondere Verjährung [33]. Das ganze Recht hingegen geht in der ordentlichen Präscriptionszeit nicht verlohren. Dieses erlischt nur in dreyßig Jahren nach den Grundsätzen der Extinctiv-Verjährung, wenn dem Usufructuar sein ganzes Recht streitig gemacht werden sollte, und er dabey acquiescirt [34].

Ist der Nießbrauch noch nicht constituirt, sondern blos versprochen, so ist es sehr streitig, ob die actio personalis ad petendum usumfructum auch in eben der Zeit erlösche, als wenn der Nießbrauch schon constituirt ist; also in zehen Jahren unter Gegenwärtigen, und in zwanzig Jahren unter Abwesenden. Unser Verfasser erklärt sich darüber so: Usufructus promissus amittitur XXX annis. Eben dieser Meinung sind auch **Ravé** [35] und **Westphal** [36]. Allein ihnen stehen die klaren Worte der *L.* 16. §. 1. *C. de usufr.* entgegen, nach welchen Justinian zwischen actio personalis ad petendum usumfructum und usufructus selbst, und ihrer beyderseitigen Verjährung so deutlich unterscheidet, daß man dem Gesetz Gewalt anthun müßte, wenn man es blos auf den constituirten

33) *L.* 28. *D. h. t.* Si usufructus alternis annis legetur: non posse, non utendo, eum amitti: quia plura sunt legata.

34) S. WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 884. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 58.

35) Princip. doctr. de praescript. §. 115. nr. 4.

36) Libr. cit. §. 880.

ten Nießbrauch beschränken wollte. Freylich weicht dieses ganz von der Regel ab, nach welcher sonst persönliche Klagen dreyßig Jahre dauern; immerhin mag auch Justinian, wie Vinnius [37]) glaubt, die persönliche Klage durch einen Irrthum mit der confessoria confundirt haben; allein die Disposition des Gesetzes selbst leidet keinen Zweifel, und dem Ausleger gebührt nicht, weiter darüber zu urtheilen. Soviel sieht man wohl aus der Art, wie Justinian sich ausdrückt, daß die alten Röm. Rechtsgelehrten darüber uneinig gewesen seyn mögen, ob die actio personalis ad petendum usumfructum nach den von der Verjährung des usus fructus geltenden Grundsätzen, oder vielmehr nach denen zu beurtheilen sey, welche von der Verjährung der Klagen gelten. Justinian entscheidet hier diesen Streit, und beurtheilt sie nach der Verjährung des usus fructus, gleichsam als wenn sie dazu gehörte, dehnt aber zugleich die Verjährungszeit des usus fructus aus, und legt dabey die Grundsätze von der erwerbenden Verjährung zum Grunde. Daher stimmen nun auch die meisten sowohl theoretischen als practischen Rechtsgelehrten [38]) darin überein, daß nach der neuen Verordnung des Kaisers Justinian die actio personalis ad petendum usumfructum, wie aus dem

 ganzen

37) Commentar. ad §. 1. I. de Usufr. nr. 2. circa fin.

38) S. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. et celebrior. L. L. Cod. ad L. penult. C. de Usufr. pag. 163. *Em.* MERILLIUS Exposition. in L. Decision. Iustin. Nr. XVIII. pag. 53. WERNHER Observat. for. Tom. II. Part. VIII. Obs. 344. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 6. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 3. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 51. und Dabelow über die Verjährung 2. Th. §. 160.

ganzen Inhalt der *L.* 16. §. 1. *C. de usufr.* erhellet, unter Anwesenden zehen, unter Abwesenden aber zwanzig Jahre daure.

§. 641. b.

Ergänzung des Verfassers.

Außer den von Hellfeld angeführten rechtlichen Aufhebungsgründen des Nießbrauchs sind noch folgende zu bemerken, und hier zu ergänzen.

IX. Widersetzlichkeit des Usufructuars bey Aufforderung zur Bestellung der cautio damni infecti. Diese berechtiget den Proprietar, wenn er nun wegen der Baufälligkeit des nutznießlichen Grundstücks dem Nachbar die Caution selbst hat leisten müssen, zur Einziehung des Nießbrauchs [39]. Außerdem wird durch Mißbrauch der ususfructus nicht verwirkt, sondern nur eine Forderung des Proprietars auf Entschädigung veranlaßt, welche sofort geltend gemacht werden kann [40].

X. Derelliction, welche dem Usufructuar wegen Uebermäßigkeit der auf der Sache haftenden Lasten freysteht [41].

XI. Schrei-

39) *L. 9. §. 5. D. de damno infecto L. 10. D. eod.* WESTPHAL §. 250.

40) *L. 1. §. 5. et 6. D. Usufr. quemadm. cav. L. 27. pr. D. de noxal. act.* Unser Verfasser behauptet zwar mit vielen das Gegentheil §. 658. Allein mit welchem Grunde? wird sich dort besser zeigen lassen.

41) *L. 64. et 65. D. de usufr.* WESTPHAL §. 578.

XI. Schreiten zu einer neuen Ehe, wodurch der einer Wittwe durch letztwillige Verfügung ihres Ehemanns an einer ihm gehörigen Sache hinterlassene usus fructus verlohren geht, und an die mit dem verstorbenen Mann erzeugten Kinder fallen soll [42]). Endlich

XII. Verlust derjenigen Qualität, an welche das Recht des Nießbrauchs geknüpft war. Z. B. wenn der Nießbrauch dem Testamentserben von einem legirten Grundstück war vorbehalten worden, und das Testament durch ein Rechtsmittel aufgehoben wird, bey welchem das Legat gültig bleibt [43]).

§. 642.

Anwendung auf die übrigen persönlichen Dienstbarkeiten. Ausnahmen.

Die angeführten Erlöschungs-Arten des usufructus lassen sich auf alle übrige persönliche Dienstbarkeiten anwenden. Ausgenommen sind jedoch

42) *L. un. C. Si secundo nupserit mulier, cui maritus usumfr. reliquit.* Konopak Institutionen des Röm. Rechts §. 290.

43) *L. 46. pr. D. de Usufr.* Si extraneo scripto, et emancipato praeterito, matri defuncti, *deducto usufructu*, proprietas legata sit: petita contra tabulas bonorum possessione, *plena proprietas, pietatis respectu, matri praestanda est.* Was sich hier der präterirte Sohn aus Liebe und Ehrfurcht für seine Mutter, welcher die Proprietät war legirt worden, und die nun noch den Nießbrauch dazu erhielt, welcher eigentlich dem Sohne gehört hätte, gefallen lassen mußte, kann freylich in andern Fällen nicht zur Anwendung dienen. S. WESTPHAL §. 944.

1) der quasi usufructus rei fungibilis, welcher anders nicht, als durch den Tod, und durch capitis deminutio, verlohren geht [44]).

2) Die habitatio, welche keiner Verjährung unterworfen ist, auch durch keine capitis deminutio aufhört [45]); *quia in facto potius, quam in iure, consistit*, wie **Modestin** [46]) sagt. Zwar verordnet **Justinian** in der *L.* 13. *C. de usufr.* daß die habitatio nicht mehr Rechte enthalten soll, als der usufructus sc. aedium. Allein daraus läßt sich noch keine Aufhebung des ältern Rechts folgern. Der Kaiser spricht nur von den Rechten, welche die bestehende Servitut gewährt; der Arten, wie sie aufhören könne, ist hier gar nicht gedacht. Nun ist die Unverjährbarkeit der Habitation in ihrer eigenen Natur gegründet, wie **Modestin** in den angeführten Worten zu erkennen giebt, und **Justinian** dachte auch nicht entfernt daran, dieselbe aufzuheben, sondern wollte bloß den Streit entscheiden, der über ihren Umfang und ihre Gränzen bisher obgewaltet hatte [47]). Ich werde davon in dem Titel de usu et habitatione noch weiter handeln, und dann auch die Stelle aus **Modestin** erklären.

3) Operae

44) *L.* 9. *et L.* 10. *pr. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. L.* 7. *§.* 1. *D. Usufr. quem. cav.* WESTPHAL §. 947.

45) *L.* 10. *pr. D. de usu et habitat.* S. *Aug. Herm.* GMELIN Diss. de capitis deminutione minima. §. 40.

46) *L.* 10. *D. de capite minut.*

47) Anderer Meinung ist zwar **Thibaut** über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 58. S. 154. Allein man sehe **Konopak** Institutionen des römischen Rechts §. 294. Not. o. und **Dabelow** über die Verjährung 2. Th. §. 173. S. 265. f.

3) Operae servorum gehen auch weder durch capitis deminutio noch durch Nichtgebrauch verlohren [48]). Ueberdem hat diese Servitut noch das ihr ganz Eigene, daß sie erst mit dem Tode des dienenden Sklaven aufhört, und daher auf die Erben des Dienstberechtigten übergeht [49]). Der Grund ist auch hier der nämliche, wie bey der Habitation, *quia operae in facto quoque consistunt*. Habent nempe consistentia facta ex persona servorum, qui illas debent; interitus igitur illarum non ex persona eius, cui debentur, sed ex eius, qui illas debet, persona aestimandus est, wie Hugo Donellus [50]) dieses Paradoxon sehr gut erklärt hat.

Ist nun auf die eine oder andere rechtliche Art der Nießbrauch völlig beendiget, so kehrt die Sache, wofern nicht etwan der Usufructuar die Proprietät selbst durch Confusion acquirirt, an den Proprietar wieder zurück, so daß dieser nun von diesem Augenblicke an über dieselbe wieder das vollkommenste Eigenthumsrecht ausübt [51]). Der Proprietar, wenn er auf Restitution zu klagen genöthiget wird, kann sich deswegen entweder der actio ex stipulatu [52]) bedienen, wenn Caution geleistet worden ist, oder der

48) *L. 2. D. de operis servor.*

49) *L. 2. D. de usufr. legato.*

50) Commentar. iur. civ. Lib. X. cap. 21. in fin.

51) *§. 4. I. de usufr.*

52) *L. 3. pr. et §. 1. D. Usufr. quemadm. cav.*

der Reivindication[53]), oder auch der Negatorien Klage[54]). Die Rückkehr des Nießbrauchs nach dessen Beendigung an den Proprietar ist nun übrigens bey dieser Servitut so natürlich, daß wenn auch der Testirer dieselbe in seinem letzten Willen ausdrücklich verordnet hätte, dennoch dies für kein neues Vermächtniß oder Fideicommiß gehalten werden kann, sondern als ein überflüßiger Zusatz, der sich von selbst versteht, angesehen werden muß. Scävola[55]) hat hiervon folgenden Fall. Eine Wittwe hat Kinder aus erster und zweyter Ehe, auch eine noch lebende Mutter. Sie setzte ihre sämmtlichen Kinder zu gleichen Theilen in ihrem Testament zu Erben ein, und ihrer Mutter vermachte sie die Nutznießung davon auf Lebenszeit. Sie hatte noch hinzugefügt: stirbt meine Mutter, so soll der Nießbrauch an meine sodann noch lebende

53) *L. 3. §. 4. D. eodem.* WESTPHAL §. 959.

54) S. POTHIER Pandect. Iustin. Lib. VII. Tit. 9. Nr. XIV. not. d.

55) *L. 32. §. 1. D. de Usufr. legata.* Filios ex Sejo, et filiam ex alio marito heredes instituit aequis portionibus, et matri ita legaverat: Aeliae Dorcadi matri meae dari volo, quoad vivat, usumfructum bonorum meorum: *ita ut post obitum eius ad liberos meos, aut ad eum, qui ex his vivet, pertineat.* Filii post aditam hereditatem decesserant. Quaesitum est, mortua matre, superstite filia testatricis, ususfructus utrum ad solam filiam, an vero pro portione hereditatis pertineret? Respondit, *ad eos redire, apud quos proprietas esset.* CLAUDIUS. Non credidit, ipsum usumfructum in vicem portionum hereditariarum post mortem aviae inter ipsos datum: eo magis, quod aequis partibus heredes erant scripti.

bende Kinder fallen. Die Erblasserin starb; nach dieser auch ihre Kinder erster Ehe, mit Hinterlassung von Erben. Sodann starb der Erblasserin Mutter. Es fragte sich nun, können nach dem Ausdruck des Testaments die Kinder zweyter Ehe den Nießbrauch mit Ausschließung der Erben der Kinder erster Ehe verlangen, oder nicht? Scävola respondirt, der Nießbrauch falle an diejenigen zurück, an welche die Proprietät der Güter gekommen ist; folglich auch an die Erben der Kinder der ersten Ehe zu deren Antheil. Claudius widerspricht nicht, wie Accursius ganz irrig glaubt, denn Claudius pflegt in seinen Anmerkungen zu Scävola desselben Gutachten nicht zu tadeln, sondern bestärkt sie vielmehr durch neue Gründe [56]). Er stimmt auch hier seinem Scävola ganz unbedingt bey, und erklärt nur desselben Meinung deutlicher. Scävola, sagt er, glaubt nicht, daß in dem vorliegenden Falle der Nießbrauch gleichsam als ein Fideicommiß blos den Kindern, die nach dem Tode der Großmutter noch am Leben seyn würden, hinterlassen worden sey, so daß gleichsam von diesen noch lebenden Kindern jedes einen neuen Erbtheil daran erhalte. Denn da die Erblasserin ihre Kinder zu gleichen Theilen eingesetzt hat, so ist kein Grund vorhanden, warum die Kinder der zweyten Ehe die Erben der Kinder der ersten Ehe ausschließen sollten; man muß vielmehr annehmen, daß sie eine gleiche Liebe zu ihren Kindern und deren Nachkommen gehabt habe. Es war also bloß ein

56) Man vergleiche *L. 88. §. 12. D. de legat. II. L. 37. §. 4. L. 38. §. 5. L. 41. §. penult. D. de legat. III. L. 16. §. 2. D. de aliment. et cibar. legat.* S. WESTPHAL §. 956. not. 838. pag. 672.

ein überflüssiger Zusatz, was die Testatrix von der Rückkehr des Nießbrauchs in ihrem letzten Willen verordnet hatte, was sich mit der Unkunde der Rechte sehr leicht entschuldigen ließ [57]).

57) S. *Franc. Mars* GORDONIUS Praetermissor. iuris civ. Cap. 6. (in *Ev.* OTTONIS *Thesaur. iur. Rom.* Tom. II. pag. 845. sq.) *Detlev.* LANGHEEK Annotat. in Leges aliquot perdifficiles Cap. 18. (bey OTTO T. I. pag. 558. sq.). *Henr.* a SUERIN Repetitae Lection. iuris civ. Cap. 22. (bey OTTO Tom. IV. pag. 38. sq.) *Ios. Fernandez de* RETES Opuscolor. Lib. IV. ad L. 32. cit. (in *Ger.* MEERMAN *Thes. iur. civ. et canon.* T. VI. pag. 210.) *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. cap. 12. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. de legatis Nr. CLI. not. l.

Lib. VII.

Lib. VII. Tit. V.

De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur, vel minuuntur.

§. 643. und 644.

Begriff und Natur des Quasi-Ususfructus. Gehört ususfructus nominum und vestimentorum hieher?

Weil nach geendigtem Nießbrauch die Sache in Natur restituirt werden muß, so konnte ehemals an unkörperlichen, und solchen Sachen, von denen sich anders kein Gebrauch machen läßt, als daß man sie aufzehrt, oder veräußert, kein Nießbrauch vermacht werden [58]). Justinian sagt ausdrücklich §. 2. *I. de Usufr.* Res, *quae usu consumuntur*, neque naturali ratione, neque civili, recipiunt usumfructum. Denn der ususfructus ist ein Recht an einer fremden Sache, allein solche Sachen, von denen kein Gebrauch ohne Zerstörung oder Veräußerung möglich ist, setzen voraus, daß man Eigenthümer sey, um sie ihren Zweck gemäß gebrauchen, oder vielmehr verbrauchen zu können. Daher sagt Cajus *L. 7. D. h. t.* Si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit: *proprietas ad legatarium*

58) CICERO *Topic.* cap. 3. giebt uns hiervon das beste Zeugniß: Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere: usus enim, non abusus, legatus est.

rium transferri debet. Und der Streit unter den alten Römischen Juristen über den usufructus nominum, dessen Ulpian *L.* 3. *D. h. t.* Erwähnung thut, beweißt, daß auch an unkörperlichen Sachen kein usufructus bestellet werden konnte, wenn auch Celsus *L.* 2. *D. de Usufr.* nicht schon ausdrücklich gesagt hätte, der usufructus sey ein ius in corpore. Doch alles dies änderte sich, seitdem unter dem Kaiser Tiberius[59]) ein Senatusconsultum gemacht wurde, welches nach Ulpian *L.* 1. *D. h. t.* des Inhalts war: *Ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usufructus legari possit.* Zwar konnten auch durch die Auctorität des Senats fungible Sachen so wenig in nicht fungible, als unkörperliche in körperliche verwandelt werden. Ein eigentlicher ususfructus konnte also auch noch jetzt an solchen Sachen nicht Statt haben. Allein es wurde doch nun durch dieses Senatus-Consultum eingeführt, daß bey solchen Sachen ein ähnliches Rechtsverhältniß Statt haben solle, welches *quasi ususfructus* genennt wird. Daher sagt nun Cajus *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie

59) GALVANUS de Usufr. Cap. 3. §. 2. glaubt zwar, es sey schon unter der Regierung des Kaisers Augustus gemacht. Allein Sabinus und Nerva, welche dieses Senatusconsultums zuerst Erwähnung gethan haben, *L.* 3. *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* lebten unter dem Kaiser Tiberius. *L.* 2. §. 47. *D. de orig. iur.* Daher setzen die meisten Rechtsgelehrten das SCtum de quasi usufructu unter Tiberius. S. *Ger.* NOODT de usufr. Lib. I. cap. 20. BACH Histor. iurisprud. Rom. Lib. III. cap. 1. Sect. 3. §. 14. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 858. not. 71. und Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 207. (2. Aufl. Berlin 1799.)

proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit: sed, *remedio* introducto, coepit *quasi usus fructus* haberi [60]). Dieses remedium ist kein anderes, als das Mittel der Caution, welche der Nutznießer bey dem quasi usufructu in der Maaße leisten muß, daß er nach geendigtem Nießbrauche eine Sache von derselben Art in derselben Quantität und Qualität, oder deren Werth zurückgeben wolle, wie aus §. 2. *I. de usufructu* ganz klar erhellet, wo Justinian sagt: Utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, sc. *quae ipso usu consumuntur*: ut tamen eo nomine heredi utiliter *caveatur*. Itaque si pecuniae ususfructus legatus sit: ita datur legatario, ut eius fiat, *et legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda, si morietur, aut capite minuetur:* Caeterae quoque res ita traduntur legatario, ut eius fiant: sed, aestimatis his, *satisdatur*, ut si moriatur, aut capite minuatur, *tanta pecunia restituatur, quanti hae fuerint aestimatae.* Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum

60) *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 20. glaubt, das SCtum de quasi usufructu habe aus zwey Kapiteln bestanden. Das erste sey des Inhalts gewesen, daß der Nießbrauch an allen und jeden Sachen, die man im Vermögen hat, und also auch an fungiblen, solle vermacht werden können. Das andere habe verordnet, daß bey dem quasi usufructu rerum fungibilium der Legatar zwar das Eigenthum erhalten, aber dagegen Caution leisten solle, daß er nach geendigtem Nießbrauch eine Sache von gleicher Qualität und Quantität restituiren, oder den Werth ersetzen wolle. Allein daß der an sich unbezweifelte Inhalt des Senatusconsultums in verschiedene Kapitel zertheilt gewesen sey, davon finden sich keine Spuren.

rum usumfructum, (nec enim poterat) *sed per cautionem quasi usumfructum constituit.* Es ist daher eine ganz unrichtige Hypothese, wenn Galvanus[61]) behaupten will, daß der quasi ususfructus nicht sowohl durch das Senatusconsultum selbst, als vielmehr durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten sey eingeführt worden [62]). Aus allem ergiebt sich nun soviel, daß unter dem sogenannten *Quasi ususfructus* das dingliche Recht verstanden wird, eine fremde Sache dergestalt zu benutzen und zu gebrauchen, daß man sie verzehren oder weggeben darf, sofern man nämlich dem Proprietar Sicherheit dahin leistet, daß man die empfangene Sache, welche dann also unser Eigenthum wird, nach geendigtem Gebrauch in gleicher Güte, *und in gleichem Maaß*, oder deren Werth zurückgeben wolle [63]).

Der

61) de usufructu Cap. 3. §. 3. pag. 16.

62) Diese Meinung widerlegt noch insonderheit eine ihr geradezu entgegenstehende Stelle Ulpians *in Fragmentis* Tit. XXIV. §. 27. welche bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 658. so lautet: *Senatusconsulto* cautum est, ut etiam, si earum rerum, *quae in abusu continentur*, ut puta vini, olei, tritici ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, *cautionibus interpositis* de restituendis eis, cum ususfructus ad legatarium pertinere desierit. Nirgends findet sich von einer solchen vermeintlichen Interpretation der Röm. Rechtsgelehrten eine Spur bey den Klassikern; vielmehr lehrt Ulpian noch in einer andern Stelle das Gegentheil, wenn er *L. 11. D. h. t.* sagt: Si lanae alicui legatus sit ususfructus, vel odorum vel aromatum, nullus videtur *ususfructus* in istis *iure constitutus.* Sed ad *Senatusconsultum* erit descendendum, *quod de cautione eorum loquitur.*

63) S. *Greg.* MAJANSII Disp. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur; (in EIUS *Disputationib.* iuris civ.

Der wesentliche Unterschied zwischen diesem und dem eigentlichen Nießbrauche besteht also darin, daß bey demselben das Eigenthum der Sache auf den Empfänger übergeht [64]), welcher daher nicht, wie beym wahren usufructus geschehen muß, dieselbe individuelle Sache, die er empfangen hat, zurückgiebt, sondern nur eine Sache von derselben Art in derselben Quantität und Qualität, oder deren Werth restituirt. Daher ist auch hier die Caution von ganz anderm Inhalte [65]), als beym eigentlichen Nießbrauch, wie Tit. IX. *Usufructuarius quemadmodum caveat* vorkommen wird. Denn der wahre Nießbrauch erlaubt keine solche Zerstörung und Veräußerung des nutznießlichen Objects, welche bey dem Quasi Usufruct dem Berechtigten freysteht [66]). Als Eigenthümer steht denn aber auch der Quasi-Usufructuar für die Gefahr, und wird von seiner Caution nicht frey, wenn die Sache durch Zufall verlohren geht [67]). Es ist demnach die

Lage

civ. Tom. I. Disputat. XVII.) BRENDEL de usufructu rei fungibilis, und *Car. Frid.* HAEBERLIN Diss. de usufructu pecuniae. *Erlangae* 1783.

64) *L. 7. D. h. t. §. 2. I. de Usufr.* Add. *L. 12. D. h. t.*

65) *L. 7. cit.* sagt: Ab eo cautio desideranda est, *ut, quandoque is mortuus, aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur: aut, aestimatis rebus, certae pecuniae nomine cavendum est.*

66) Wenn der Vater in gewissen Fällen nach der *L. 8. §. 4. et 5. C. de bonis, quae liber.* Adventizien seiner Kinder veräußern darf, so ist dies nicht ein Ausfluß seines Nutznießungsrechts, sondern ein Ausfluß des Verwaltungsrechts. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 574. et 576.

67) S. HAEBERLIN cit. Diss. §. 14.

lage des Proprietars bey diesem uneigentlichen Nießbrauch
verschlimmert und kein Recht mehr gesichert, als bey de
wahren usufructus, bey welchem der Proprietar d
Sache, ohne weitere Entschädigung zu erhalten, in de
Zustand zurücknehmen muß, wie sie durch ordnungsmäßi
gen Gebrauch geworden ist, und, wenn die Sache dur
Zufall ganz zu Grunde geht, gar nichts zurückerhält[68]
Vorzügliche Gegenstände des Quasi ususfructus sind Verb
chen, besonders Wein und Getraide, ferner baar Ge
(pecunia numerata)[69]) und Wolle[70]). Streitig i
gen ist es, ob auch Kleider dazu zu rechnen sind? Na
Justinians[71]) Ansicht sind die Kleider ein Gegensta
des Quasi-Ususfructus. Nach Ulpian[72]) hingegen gehö
ren sie zu dem eigentlichen Nießbrauche, wofern sie nicht aus
drücklich, sicut quantitas, zum Nießbrauch vermacht wo
den sind, so daß am Ende nur der Werth davon ers
werden soll. Noch bestimmter hat sich Ulpian[73]) in ei
andern Stelle erklärt, wo er sagt: Si vestis ususfructus l
gatus sit, scripsit *Pomponius*, quamquam heres st
pulatus sit, finito usufructu vestem reddi; attamen n
obligari promissorem, *si eam sine dolo malo attritam redd*
rit. Die Restitution der zum Nießbrauch gegebenen Sa

68) Greg. MAJANSIUS cit. Diss. §. 36.

69) §. 2. *I. de Usufr.* *L. 7. D. h. t.*

70) *L. 11. D. h. t.*

71) §. 2. *I. de Usufr.*

72) *L. 15.* §. 4. *D. de Usufr.* Si vestimentorum ususfru legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicend est, ita uti eum debere, ne abutatur.

73) *L. 9.* §. 3. *D. Usufr. quemadmod. cav.*

Natur, wenn sie auch durch ordnungsmäßigen Gebrauch rschlechtert worden wäre, ist doch wohl unläugbar Folge ies wahren usus fructus [74]). Man hat nun mancherley Verche gemacht, um diese Stellen zu vereinigen, bald durch nterpretation, bald durch Emendation. Daher sind die echtsgelehrten hierüber sehr verschiedener Meinung [75]). inige [76]) läugnen schlechterdings, daß Kleider zu den funblen Sachen gehören, weil sie das wesentliche Merkmal cher Sachen nicht an sich tragen, welches absolut und sschließlich dadurch zu erkennen sey, daß sie durch den ebrauch, wozu sie vernünftiger Weise ganz oder zum heil bestimmt sind, sogleich und auf einmal ganz oder zu m bestimmten Theile aufgezehrt werden. Diese halten o den Kleiderniesbrauch mit Ulpian für einen wahren Usus-

) *L.* 1. *D. Usufr. quemadm. cav.*

) S. *Arn.* ROTGERSII Diatr. ad §. 2. I. de Usufr. sive de usufructu vestimentorum. (*in Eius apodictic. Demonstrat. ad illustrand. Ius Rom.* Vol. I. Lib. II. pag. 609. sqq.) *Nic. Ge. Bernh. de* LOEWENSTERN Dissert. de usufructu vestium. *Rostochii* 1765. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de usufructu vestimentorum ex voluntate constituendis vel vero vel quasi tali. (in *Opuscul.* pag. 164. sqq.) und Otto Ludwig von Eichmann: Ob der gegebene usus fructus der Kleider ein verus oder quasi usus fructus sey? in Desselben kleinen Abhandlungen Nr. 20.

) *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 21. *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. X. cap. 4. pag. 485. *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 2. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 4. §. 7. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 2. *Greg.* MAJANSIUS cit. Diss. §. 42. — 44. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 627. und SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. 1. B. Nr. I. pag. 15. sqq.

Usufructus. Wenn nun dennoch die Kleider §. 2. I. *Usufr.* geradezu zu den fungiblen Sachen gezählt werd so erklären einige 77) von dieser Parthey dieses gera für einen Irrthum der Compilatoren der Institution welcher um so mehr in die Augen falle, da sie an ei andern Orte, nämlich §. 5. *I. de locat. conduct.* (qui usu aut *vestimentorum* aut argenti aut jumenti mer dem aut dedit, aut promisit etc) den Kleidergebr mit dem eines Silbergeschirres oder lasttragender Th in ganz gleiches Verhältniß setzen, und geradezu diese be erley Sachen ohne Unterschied als Gegenstände des Mi contracts anerkennen, welcher doch seiner Natur nach n an nicht fungiblen Sachen Statt haben kann. Ander 78) welche in eine solche Beschuldigung einzustimmen, beden sich finden, glauben, daß der Ausdruck vestimenta in de Stelle der Institutionen μετωνυμικῶς, oder vielmehr κατ δοχικῶς für die Materie zu nehmen sey, woraus Klei verfertiget werden, und also den Effect für die causa deute. Denn daß die Wolle zu den Gegenständen Quasi-Usufructus gehöre, sage Ulpian selbst *L.* 11. *h. t.*. Die Bedeutung weiche freylich vom gemeinen Spr gebrauche ab. Allein es trete hier die Regel des Marc lus ein, *L.* 69. *pr. D. de legat.* 3., nach welcher dem leger eine solche Abweichung erlaubt wird, wenn es of bar ist, daß der Redende das nicht gemeint haben kön was das Wort, welches er gebraucht hat, in seiner eig lichen Bedeutung ausdrückt. Noch andere 79) hinge

77) Als NOODT, VINNIUS, HUBER, WESTPHAL, SCHOEMAN

78) Z. B. DONELLUS a. a. O.

79) Als MAJANSIUS und *de* COCCEJI ll. cc.

erstehen die Stelle in den Institutionen von Kleidern, welche geschätzt, und also nach ihrem Abschätzungs-Preiß zu restituiren sind. Eine zweyte Parthey der Rechtsgelehrten 89) nimmt zur Regel an, daß Kleider im Zweifel ein Gegenstand des quasi ususfructus sind. Denn werden sie auch nicht, wie andere fungible Sachen, gleich durch den ersten Gebrauch, den man davon macht, consumirt, so werden sie doch, wie auch die Natur der Sache mit sich bringt, durch öftern Gebrauch verdorben, und endlich ganz aufgerieben und zum fernern Gebrauche untauglich. Kleider seyen also ihrer Natur nach fungible Sachen, zu denen sie Justinian §. 2. *I. de usufr.* mit Recht zähle. Sufficit ad rerum fungibilium naturam, sagen diese, consumi eas vel *minui* potius per usum ordinarium. Jedoch könne an denselben auch ein wahrer Nießbrauch Statt haben, wenn es der Testirer ausdrücklich verordnet hat, daß die Kleider nach geendigtem Gebrauche, wie sie sind, restituirt werden sollen. Dies sey der Fall, von welchem Ulpian rede *L.* 15. §. 4. *D. de usufr.* wie aus dem ganzen Zusammenhange erhelle. Denn Ulpians Absicht sey, zu zeigen, was dem Usufructuar in Ansehung der Sache erlaubt sey, an welcher ihm ein wahrer Nießbrauch constituirt worden ist. Zu dem Ende setze er §. 3. nach Labeo die allgemeine Regel fest: *usufructuarium in omnibus rebus mobilibus*

89) SCHOTT Diss. cit. de usufructu vestimentorum Cap. IV. (in *Opuscul. iurid.* pag. 201. sqq.) HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. not. c. pag. 340. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 354. HÖFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1129. nr. II. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 610. a. E. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts §. 180. not. h.

bus modum eum tenere debere, ne sua feritate vel saev
on corrumpat, und erläutere dieselbe §. 4. durch das B
spiel des vermachten Kleidernießbrauchs, bemerke aber
bey ausdrücklich, daß er nicht von dem usufructus ve
mentorum rede, wie er gewöhnlich vermacht wird, sond
von dem besondern Falle, der von der gemeinen Regel
weicht, nämlich si usufructus vestium non ita legat
sit, *sicut quantitatis usasfructus legetur*, h. e. si ver
earum usufructus constitutus sit. Hier müsse der U
fructuar die Kleider so gebrauchen, *ne abutatur*, weil
sie in Natur restituiren muß. Sey dieses nicht bey d
Constitution des usufructus ausdrücklich festgesetzt,
bleibe es bey der Regel, welche Justinian giebt, nach
welcher Kleider unter die Gegenstände des quasi usufructus
gerechnet werden müßten.

Eine dritte Parthey der Rechtsgelehrten [81]), an dem
Spitze die Glossatoren [82]) stehen, unterscheidet zwisch
Alltagskleidern und Feyerkleidern. Bey jen
könne nur ein Quasi-Ususfructus, bey diesen aber au
ein wahrer Nießbrauch Statt haben. Diese Meinung
in der Praxis angenommen seyn [83]).

Be

81) *Franc.* HOTOMANUS in Commentar. ad §. 2. I. de Usu
pag. 140. *Osw.* HILLIGER in Donello enucl. Lib. X. cap. I
m. B. *Conr.* RITTERSHUSIUS Commentar. ad §. 2. I. de Usu
pag. 195. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. STRU
Syntagm. iur. civ. Exercit. XII. Th. 39. EMMINGHAUS ad CO
CEJI ius civ. controv. h. t. Qu. I. not. p. Tom. II. p. 24.

82) ACCURSIUS in Gloss. ad §. 2. I. de Usufr. et ad L. 15. §
D. eod.

83) *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not.
und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 3
a. E.

Von allen diesen Meinungen geht Arnold Vorgerius [84]) ab. Er sagt, Kleider sind ihrer Natur nach res non fungibiles. Dies sey auch immer die Meinung der Alten gewesen. Daher reden die römischen Juristen von Kleidern überall, als von nicht fungiblen Sachen, und betrachten sie auch als Gegenstände solcher Contracte, bey denen die Restitution der Sache in Natur wesentliche Bedingung ist [85]). Nach der strengen Lehre des Rechts sey daher auch der vermachte Kleidernießbrauch ein wahrer usus fructus. Allein in der Folge sey durch ein besonderes Recht eingeführt worden, daß blos in der Materie vom Nießbrauche allein, die täglichen Kleider nach dem Recht der fungiblen Sachen beurtheilet, und der daran bestellte Nießbrauche für einen quasi usus fructus gehalten werden sollte. Dieses sey freylich contra rationem iuris eingeführt, und es scheine die Gesetzgeber hauptsächlich der Grund dazu bewogen zu haben, weil sonst die Proprietät dem Erben unnütz gemacht würde, wenn die Kleider, welche vielleicht der Erblasser selbst schon eine Zeitlang getragen hatte, durch den täglichen Gebrauch des Usufructuars vollends abgenutzt worden wären. Von diesem Rechte seiner Zeiten rede Justinian §. 2. *I. de Usufr.* Ein Irrthum lasse sich also hier nicht annehmen, weil ihn sonst Justinian, der auf die Verbesserung des Rechts soviel Fleiß verwandte, und dem ein solcher Irrthum in einem Buche, worüber die Anfangsgründe des Rechts öffentlich gelehrt wurden, nicht

 lang

84) Diatr. de usufructu vestimentor. Cap. 3. *Apodicticar. Demonstration.* Lib. II. pag. 652. sqq.

85) *L. 5. §. 8. D. Commod. L. ult. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.*

lange unbekannt bleiben konnte, abzuändern gewiß nicht u
terlassen haben würde. Der Kaiser gedenke also §. 2. d
der Kleider nicht darum, um seinen Begriff von fungibl
Sachen dadurch zu erklären; denn ihre Natur widerstre
demselben, sondern sie seyn nur mit angeführt worden, i
sofern sie auch Gegenstände des quasi ususfructus sin
Bey andern Kleidern, die nicht zum täglichen Gebrauc
dienen, sondern nur bey gewissen Gelegenheiten getragen we
den, finde ein eigentlicher ususfructus Statt; und dies
könne auch an alltäglichen Kleidern constituirt werde
wenn es nämlich der Testator ausdrücklich verordnet hab
daß sie nicht nach dem Werthe, sondern in Natur zurüc
gegeben werden sollen, von welchen beyden Fällen *Ulpian*
L. 15. §. 4. *D. de usufr.* rede.

Galvanus [86]) glaubt, man müsse lediglich auf den
Willen des Testirers sehen. Die Bestimmung desselben
entscheide daher, ob der Nießbrauch an Kleidern ein eigent
licher oder nur ein uneigentlicher sey. Denn hätte der Te
stirer die Kleider *ad usum* legirt, so daß sie in Natur re
stituirt werden müßten, so sey ein wahrer Nießbrauch vor
handen; hätte er sie hingegen *ad abusum*, zur Abnutzung
vermacht, so daß nur der Werth derselben restituirt wer
den solle, so existire ein quasi ususfructus. Was aber der
Wille des Erblassers sey, müsse, wenn er nicht aus den
ausdrücklichen Worten erkannt werden kann, aus den Um
ständen gemuthmaßt werden.

Zule

86) de Usufructu Cap. III. §. 6. pag. 20.

Zuletzt muß ich noch einer besondern Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [87]) gedenken, welche zwar den Kleiderniesbrauch für einen Quasiusufructus halten, und Kleider ohne Unterschied, es sey von alltäglichen oder Feyerkleidern die Rede, mit Justinian zu den fungiblen Sachen rechnen, allein einen Unterschied machen zwischen Kleidern und andern fungiblen Sachen, als Wein, Getraide, Geld. Nur letztere seyen von der Art, ut usu consumantur. Von diesen werde der Usufructuar Eigenthümer, und restituire am Ende nur eine gleiche Quantität von derselben Art und Güte. Kleider hingegen wären solche fungible Sachen, quae usu tantum minuuntur. Von diesen gehe das Eigenthum nicht auf den Usufructuar über, sondern diese müßten in Natur zurückgegeben werden. Daher müsse der Usufructuar hier, wie beym wahren ususfructus, Caution machen, se boni viri arbitratu his usurum. Dieser Unterschied, glauben diese Rechtsgelehrten, sey L. 15. §. 4. *D. de usufr.* klar enthalten.

Ich habe mich nun schon an einem andern Orte (§. 632. S. 174.) für die erste Meinung erklärt, und halte nach den deutlichen Stellen Ulpians den Kleiderniesbrauch, ohne Unterschied, ob von alltäglichen, oder Feyerkleidern die Rede ist, für einen wahren Ususfructus, sofern bey der Bestellung desselben nichts besonders darüber bestimmt worden ist. Ich muß jedoch hier noch bemerken, daß die Worte Ulpians: *non sicut quantitatis ususfructus legetur* in der

L.

87) *Marc.* LYKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Vol. I. Lib. V. Eccl. 24. *Claud.* CANTIUNCULA Paraphras. in tres priores Institut. civil. libros (*Lugduni* 1550. 8.) Lib. II. Tit. 4. pag. 264. *Elbert.* LEONINUS Commentar. de usufructu. Cap. XII. und *Iust.* MEIER Colleg. argentorat. h. t. §. 3.

Lage des Proprietars bey diesem uneigentlichen Nießbrau vortheilhafter und sein Recht mehr gesichert, als bey d wahren usus fructus, bey welchem der Proprietar Sache, ohne weitere Entschädigung zu erhalten, in d Zustand zurücknehmen muß, wie sie durch ordnungsmä gen Gebrauch geworden ist, und, wenn die Sache du Zufall ganz zu Grunde geht, gar nichts zurückerhält[68]. Unstreitige Gegenstände des Quasi ususfructus sind Victu lien, besonders Wein und Getraide, ferner baar Gel (pecunia numerata)[69]) und Wolle[70]). Streitig hing gen ist es, ob auch Kleider dazu zu rechnen sind? Nac Justinians[71]) Ansicht sind die Kleider ein Gegenstan des Quasi-Ususfructus. Nach Ulpian[72]) hingegen gehö ren sie zu dem eigentlichen Nießbrauche, wofern sie nicht aus drücklich, sicut quantitas, zum Nießbrauch vermacht wor den sind, so daß am Ende nur der Werth davon ers werden soll. Noch bestimmter hat sich Ulpian[73]) in ein andern Stelle erklärt, wo er sagt: Si *vestis ususfructus* l gatus sit, scripsit *Pomponius*, quamquam heres s pulatus sit, finito usufructu vestem reddi; attamen no obligari promissorem, *si eam sine dolo malo attritam reddi rit.* Die Restitution der zum Nießbrauch gegebenen Sa

68) *Greg.* MAJANSIUS cit. Diss. §. 36.

69) *§. 2. I. de Usufr. L. 7. D. h. t.*

70) *L. 11. D. h. t.*

71) *§. 2. I. de Usufr.*

72) *L. 15. §. 4. D. de Usufr.* Si vestimentorum ususfr legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur, dicen est, ita uti eum debere, ne abutatur.

73) *L. 9. §. 3. D. Usufr. quemadmod. cav.*

Natur, wenn sie auch durch ordnungsmäßigen Gebrauch erschlechtert worden wäre, ist doch wohl unläugbar Folge nes wahren usufructus [74]). Man hat nun mancherley Versuche gemacht, um diese Stellen zu vereinigen, bald durch Interpretation, bald durch Emendation. Daher sind die Rechtsgelehrten hierüber sehr verschiedener Meinung [75]). Einige [76]) läugnen schlechterdings, daß Kleider zu den fungiblen Sachen gehören, weil sie das wesentliche Merkmal lcher Sachen nicht an sich tragen, welches absolut und usschließlich dadurch zu erkennen sey, daß sie durch den Gebrauch, wozu sie vernünftiger Weise ganz oder zum Theil bestimmt sind, sogleich und auf einmal ganz oder zu m bestimmten Theile aufgezehrt werden. Diese halten so den Kleiderniesbrauch mit Ulpian für einen wahren

 Usus-

74) *L.* 1. *D. Usufr. quemadm. cav.*

75) S. *Arn.* ROTGERSII Diatr. ad §. 2. I. de Usufr. sive de usufructu vestimentorum. (*in Eius apodictic. Demonstrat. ad illustrand. Ius Rom.* Vol. I. Lib. II. pag. 609. sqq.) *Nic. Ge. Bernh. de* LOEWENSTERN Dissert. de usufructu vestium. *Rostochii* 1765. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de usufructu vestimentorum ex voluntate constituentis vel vero vel quasi tali. (in *Opuscul.* pag. 164. sqq.) und Otto Ludwig von Eichmann: Ob der gegebene usufructus der Kleider ein verus oder quasi usufructus sey? in Desselben kleinen Abhandlungen Nr. 20.

76) *Ger.* NOODT de Usufr. Lib. I. cap. 21. *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. X. cap. 4. pag. 485. *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 2. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 4. §. 7. *Ev.* OTTO Comm. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 2. *Greg.* MAJANSIUS cit. Diss. §. 42. — 44. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. WESTPHAL de libert. et servitut. praedior. §. 627. und SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. 1. B. Nr. I. pag. 15. sqq.

Usfusfructus. Wenn nun dennoch die Kleider §. 2. *Usufr.* geradezu zu den fungiblen Sachen gezählt w so erklären einige [77]) von dieser Parthey dieses ge für einen Irrthum der Compilatoren der Institut welcher um so mehr in die Augen falle, da sie an andern Orte, nämlich §. 5. *I. de locat. conduct.* (qu usu aut *vestimentorum* aut argenti aut jumenti m dem aut dedit, aut promisit etc.) den Kleidergel mit dem eines Silbergeschirres oder lasttragender in ganz gleiches Verhältniß setzen, und geradezu diese erley Sachen ohne Unterschied als Gegenstände des contracts anerkennen, welcher doch seiner Natur nach an nicht fungiblen Sachen Statt haben kann. Ander welche in eine solche Beschuldigung einzustimmen, be lich finden, glauben, daß der Ausdruck vestimenta i Stelle der Institutionen μετωνυμικῶς, oder vielmehr α δοχικῶς für die Materie zu nehmen sey, woraus Kl verfertiget werden, und also den Effect für die caus deute. Denn daß die Wolle zu den Gegenständen Quasi-Usfusfructus gehöre, sage Ulpian selbst *L.* 11 *h. t.* Die Bedeutung weiche freylich vom gemeinen S gebrauche ab. Allein es trete hier die Regel des M lus ein, *L.* 69. *pr. D. de legat.* 3., nach welcher dem leger eine solche Abweichung erlaubt wird, wenn es bar ist, daß der Redende das nicht gemeint haben was das Wort, welches er gebraucht hat, in seiner lichen Bedeutung ausdrückt. Noch andere [79]) hi

77) Als NOODT, VINNIUS, HUBER, WESTPHAL, SCHOE

78) Z. B. DONELLUS a. a. O.

79) Als MAJANSIUS und *de* COCCEJI u. ce.

erstehen die Stelle in den Institutionen von Kleidern, welche geschätzt, und also nach ihrem Abschätzungs-Preiß zu restituiren sind. Eine zweyte Parthey der Rechtsgelehrten 89) nimmt zur Regel an, daß Kleider im Zweifel ein Gegenstand des quasi ususfructus sind. Denn werden sie auch nicht, wie andere fungible Sachen, gleich durch den ersten Gebrauch, den man davon macht, consumirt, so werden sie doch, wie auch die Natur der Sache mit sich bringt, durch öftern Gebrauch verdorben, und endlich ganz aufgerieben und zum fernern Gebrauche untauglich. Kleider gehen also ihrer Natur nach fungible Sachen, zu denen sie Justinian §. 2. I. *de usufr.* mit Recht zähle. Sufficit ad rerum fungibilium naturam, sagen diese, consumi eas vel *minui* potius per usum ordinarium. Jedoch könne bey denselben auch ein wahrer Nießbrauch Statt haben, wenn es der Testirer ausdrücklich verordnet hat, daß die Kleider nach geendigtem Gebrauche, wie sie sind, restituirt werden sollen. Dies sey der Fall, von welchem Ulpian rede *L.* 15. §. 4. *D. de usufr.* wie aus dem ganzen Zusammenhange erhelle. Denn Ulpians Absicht sey, zu zeigen, was dem Usufructuar in Ansehung der Sache erlaubt sey, an welcher ihm ein wahrer Nießbrauch constituirt worden ist. Zu dem Ende setze er §. 3. nach Labeo die allgemeine Regel fest: *usufructuarium in omnibus rebus mobili-*

 bus

89) SCHOTT Diss. cit. de usufructu vestimentorum. Cap. IV. (in *Opuscul. iurid.* pag. 201. sqq.) HAUBOLD ad *Bergeri* Oecon. iuris Tom. I. Lib. II. Tit. 3. Th. 19. not. c. pag. 340. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 354. HÖPACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1129. nr. II. THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 610. *a.* E. KONOPAK Institutionen des Röm. Rechts §. 180. not. h.

bus modum eum tenere debere, ne sua feritate vel saevitia corrumpat, und erläutere dieselbe §. 4. durch das Beispiel des vermachten Kleidernießbrauchs, bemerke aber dabey ausdrücklich, daß er nicht von dem usufructus vestimentorum rede, wie er gewöhnlich vermacht wird, sondern von dem besondern Falle, der von der gemeinen Regel abweicht, nämlich si usufructus vestium non ita legatus sit, *sicut quantitatis usufructus legetur*, h. e. si vere earum usufructus constitutus sit. Hier müsse der Usufructuar die Kleider so gebrauchen, *ne abutatur*, weil er sie in Natur restituiren muß. Sey dieses nicht bey der Constitution des usufructus ausdrücklich festgesetzt, so bleibe es bey der Regel, welche Justinian giebt, nach welcher Kleider unter die Gegenstände des quasi usufructus gerechnet werden müßten.

Eine dritte Parthey der Rechtsgelehrten [81]), an deren Spitze die Glossatoren [82]) stehen, unterscheidet zwischen Alltagskleidern und Feyerkleidern. Bey jenen könne nur ein Quasi-Ususfructus, bey diesen aber auch ein wahrer Nießbrauch Statt haben. Diese Meinung soll in der Praxis angenommen seyn [83]).

Va

81) *Franc.* HOTOMANUS in Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. pag. 140. *Osw.* HILLIGER in Donello enucl. Lib. X. cap. IV. lit. B. *Conr.* RITTERSHUSIUS Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. pag. 195. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. XII. Th. 39. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. I. not. p. Tom. II. p. 24.

82) ACCURSIUS in Gloss. ad §. 2. I. de Usufr. et ad L. 15. §. 4. D. eod.

83) *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 1. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 374. a. E.

Von allen diesen Meinungen geht Arnold Rorgerius 84) ab. Er sagt, Kleider sind ihrer Natur nach res non fungibiles. Dies sey auch immer die Meinung der Alten gewesen. Daher reden die römischen Juristen von Kleidern überall, als von nicht fungiblen Sachen, und betrachten sie auch als Gegenstände solcher Contracte, bey denen die Restitution der Sache in Natur wesentliche Bedingung ist 85). Nach der strengen Lehre des Rechts sey daher auch der vermachte Kleiderniesbrauch ein wahrer usus fructus. Allein in der Folge sey durch ein besonderes Recht eingeführt worden, daß blos in der Materie vom Nießbrauche allein, die täglichen Kleider nach dem Recht der fungiblen Sachen beurtheilet, und der daran bestellte Nießbrauche für einen quasi usus fructus gehalten werden sollte. Dieses sey freylich contra rationem iuris eingeführt, und es scheine die Gesetzgeber hauptsächlich der Grund dazu bewogen zu haben, weil sonst die Proprietät dem Erben unnütz gemacht würde, wenn die Kleider, welche vielleicht der Erblasser selbst schon eine Zeitlang getragen hatte, durch den täglichen Gebrauch des Usufructuars vollends abgenutzt worden wären. Von diesem Rechte seiner Zeiten rede Justinian §. 2. *I. de Usufr.* Ein Irrthum lasse sich also hier nicht annehmen, weil ihn sonst Justinian, der auf die Verbesserung des Rechts soviel Fleiß verwandte, und dem ein solcher Irrthum in einem Buche, worüber die Anfangsgründe des Rechts öffentlich gelehrt wurden, nicht

 lang

84) Diatr. de usufructu vestimentor. Cap. 3. *Apodicticar. Demonstration.* Lib. II. pag. 652. sqq.

85) *L. 5. §. 8. D. Commod. L. ult. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.*

bus modum eum tenere debere, ne sua feritate vel saevitia corrumpat, und erläutere dieselbe §. 4. durch das Beyspiel des vermachten Kleidernießbrauchs, bemerke aber dabey ausdrücklich, daß er nicht von dem usus fructus vestimentorum rede, wie er gewöhnlich vermacht wird, sondern von dem besondern Falle, der von der gemeinen Regel abweicht, nämlich si usus fructus vestium non ita legatus sit, *sicut quantitatis usus fructus legetur*, h. e. si verus earum usus fructus constitutus sit. Hier müsse der Usufructuar die Kleider so gebrauchen, *ne abutatur*, weil er sie in Natur restituiren muß. Sey dieses nicht bey der Constitution des ususfructus ausdrücklich festgesetzt, so bleibe es bey der Regel, welche Justinian giebt, nach welcher Kleider unter die Gegenstände des quasi ususfructus gerechnet werden müßten.

Eine dritte Parthey der Rechtsgelehrten [81]), an deren Spitze die Glossatoren [82]) stehen, unterscheidet zwischen Alltagskleidern und Feyerkleidern. Bey jenen könne nur ein Quasi-Ususfructus, bey diesen aber auch ein wahrer Nießbrauch Statt haben. Diese Meinung soll in der Praxis angenommen seyn [83]).

Von

81) *Franc.* HOTOMANUS in Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. pag. 140. *Osw.* HILLIGER in Donello enucl. Lib. X. cap. IV. lit. B. *Conr.* RITTERSHUSIUS Commentar. ad §. 2. I. de Usufr. pag. 195. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 4. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. XII. Th. 39. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. I. not. p. Tom. II. p. 24.

82) ACCURSIUS in Gloss. ad §. 2. I. de Usufr. et ad L. 15. §. 4. D. eod.

83) *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 19. Not. 1. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 374 a. E.

Von allen diesen Meinungen geht Arnold Rorgerius [84]) ab. Er sagt, Kleider sind ihrer Natur nach res non fungibiles. Dies sey auch immer die Meinung der Alten gewesen. Daher reden die römischen Juristen von Kleidern überall, als von nicht fungiblen Sachen, und betrachten sie auch als Gegenstände solcher Contracte, bey denen die Restitution der Sache in Natur wesentliche Bedingung ist [85]). Nach der strengen Lehre des Rechts sey daher auch der vermachte Kleiderniesbrauch ein wahrer usufructus. Allein in der Folge sey durch ein besonderes Recht eingeführt worden, daß blos in der Materie vom Niesbrauche allein, die täglichen Kleider nach dem Recht der fungiblen Sachen beurtheilet, und der daran bestellte Niesbrauche für einen quasi usufructus gehalten werden sollte. Dieses sey freylich contra rationem iuris eingeführt, und es scheine die Gesetzgeber hauptsächlich der Grund dazu bewogen zu haben, weil sonst die Proprietät dem Erben unnütz gemacht würde, wenn die Kleider, welche vielleicht der Erblasser selbst schon eine Zeitlang getragen hatte, durch den täglichen Gebrauch des Usufructuars vollends abgenutzt worden wären. Von diesem Rechte seiner Zeiten rede Justinian §. 2. *I. de Usufr.* Ein Irrthum lasse sich also hier nicht annehmen, weil ihn sonst Justinian, der auf die Verbesserung des Rechts soviel Fleiß verwandte, und dem ein solcher Irrthum in einem Buche, worüber die Anfangsgründe des Rechts öffentlich gelehrt wurden, nicht

 lang

84) Diatr. de usufructu vestimentor. Cap. 3. *Apodicticar. Demonstration.* Lib. II. pag. 652. sqq.

85) *L. 5. §. 8. D. Commod. L. ult. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.*

lange unbekannt bleiben konnte, abzuändern gewiß nicht unterlassen haben würde. Der Kaiser gedenke also §. 2. cit. der Kleider nicht darum, um seinen Begriff von fungiblen Sachen dadurch zu erklären; denn ihre Natur widerstreite demselben, sondern sie seyn nur mit angeführt worden, in sofern sie auch Gegenstände des quasi ususfructus sind. Bey andern Kleidern, die nicht zum täglichen Gebrauch dienen, sondern nur bey gewissen Gelegenheiten getragen werden, finde ein eigentlicher ususfructus Statt; und dieser könne auch an alltäglichen Kleidern constituirt werden, wenn es nämlich der Testator ausdrücklich verordnet habe, daß sie nicht nach dem Werthe, sondern in Natur zurück gegeben werden sollen, von welchen beyden Fällen Ulpian *L.* 15. §. 4. *D. de usufr.* rede.

Galvanus[86]) glaubt, man müsse lediglich auf den Willen des Testirers sehen. Die Bestimmung desselben entscheide daher, ob der Nießbrauch an Kleidern ein eigentlicher oder nur ein uneigentlicher sey. Denn hätte der Testirer die Kleider *ad usum* legirt, so daß sie in Natur restituirt werden müßten, so sey ein wahrer Nießbrauch vorhanden; hätte er sie hingegen *ad abusum*, zur Abnutzung vermacht, so daß nur der Werth derselben restituirt werden solle, so existire ein quasi ususfructus. Was aber der Wille des Erblassers sey, müsse, wenn er nicht aus den ausdrücklichen Worten erkannt werden kann, aus den Umständen gemuthmaßt werden.

Zulezt

86) de Usufructu Cap. III. §. 6. pag. 20.

Zuletzt muß ich noch einer besondern Meinung derjenigen Rechtsgelehrten[87]) gedenken, welche zwar den Kleidermießbrauch für einen Quasiususfructus halten, und Kleider ohne Unterschied, es sey von alltäglichen oder Feyerkleidern die Rede, mit Justinian zu den fungiblen Sachen rechnen, allein einen Unterschied machen zwischen Kleidern und andern fungiblen Sachen, als Wein, Getraide, Geld. Nur letztere seyen von der Art, ut usu consumantur. Von diesen werde der Usufructuar Eigenthümer, und restituire am Ende nur eine gleiche Quantität von derselben Art und Güte. Kleider hingegen wären solche fungible Sachen, quae usu tantum minuuntur. Von diesen gehe das Eigenthum nicht auf den Usufructuar über, sondern diese müßten in Natur zurückgegeben werden. Daher müsse der Usufructuar hier, wie beym wahren ususfructus, Caution machen, se boni viri arbitratu his usurum. Dieser Unterschied, glauben diese Rechtsgelehrten, sey L. 15. §. 4. *D. de usufr.* klar enthalten.

Ich habe mich nun schon an einem andern Orte (§. 632. S. 174.) für die erste Meinung erklärt, und halte nach den deutlichen Stellen Ulpians den Kleidermießbrauch, ohne Unterschied, ob von alltäglichen, oder Feyerkleidern die Rede ist, für einen wahren Ususfructus, sofern bey der Bestellung desselben nichts besonders darüber bestimmt worden ist. Ich muß jedoch hier noch bemerken, daß die Worte Ulpians: *non sicut quantitatis ususfructus legetur* in der

L.

87) *Marc.* LYCLAMA *a* NYHOLT Membranar. Vol. I. Lib. V. Eccl. 24. *Claud.* CANTIUNCULA Paraphras. in tres priores Institut. civil. libros (*Lugduni* 1550. 8.) Lib. II. Tit. 4. pag. 264. *Elbert.* LEONINUS Commentar. de usufructu. Cap. XII. und *Iust.* MEIER Colleg. argentorat. h. t. §. 3.

stande zurückgebe, wie sie durch ordnungsmäßigen Gebrauch geworden sind, wenn sie auch durch den Gebrauch verschlechtert worden wären. Ja selbst die zwischen dem Erben und dem Legatar getroffene Verabredung: *finito usufructum vestem reddi*, verpflichte letztern nicht einmal zu einiger Entschädigung. Es läßt sich also die Erklärung derjenigen auf keine Weise rechtfertigen, welche Ulpians Stellen von einem solchen Falle verstehen wollen, wo der Kleiderniesbrauch mit dem besondern Zusatz der Nichtfungibilität, und also als ein wahrer Nießbrauch ausdrücklich vermacht worden ist. Eben so wenig ist aber auch erweislich, daß dieses Recht, wovon Ulpian spricht, durch neuere Gesetze sey abgeändert worden. Eine solche Abänderung ist weder aus *L. 25. C. de usuris*, worauf sich einige berufen, noch aus §. 2. *I. de usufr.* ersichtlich. *L. 25. C. cit.* beweißt vielmehr das Gegentheil. Es heißt nämlich darin: Pro *auro* et *argento* et *veste* facto chirographo licitas *solvi*, vel *promitti usuras* jussimus. Hier werden die Kleider mit Gold- und Silbersachen in eine Classe gesetzt. Zum offenbaren Beweis, daß sie an sich zu den nicht fungiblen Sachen gehören. Denn die Frage war, wenn über eine Gold-, Silber- und Kleiderforderung eine Handschrift ausgestellet worden ist, wodurch sich der Schuldner zur Bezahlung des Werths verbindlich gemacht hat, ob von einer solchen schuldigen Quantität Zinsen versprochen werden können? Die Kaiser Diocletian und Maximian entscheiden die Frage bejahend. Wäre hier nicht vom auro und argento facto die Rede, wie sich ohnehin immer schon von selbst versteht [94]); wollte man nicht

94) *L. 3. §. ult. D. de Usur. L. 7. L. 11. L. 15. L. 19. D. de de auro, argento, mundo etc. leg.* Davon ist sowohl certum auri vel

nicht voraussetzen, daß das Gesetz von solchen Sachen rede, welche an sich nicht fungibel sind; wollte man nicht den Entscheidungsgrund darin setzen, daß sie durch die darüber ausgestellte Handschrift in ein debitum quantitatis verwandelt worden sind, so würde die ganze Entscheidung ohne Nutzen und Interesse seyn, da sich's ja schon von selbst versteht, daß bey allen Verbindlichkeiten, welche über fungible Sachen contrahirt worden sind, Zinsen stipulirt werden können [95]. Daß man bey alltäglichen Kleidern eine Ausnahme gemacht habe, findet sich nirgends, und es ist eine ganz willkührliche Hypothese, wenn man meint, die Worte: *quae usu minuuntur*, gingen auf Kleider. Ja es läßt sich um so weniger annehmen, daß die Verfasser der Pandecten um der Kleider willen in der Rubrik dieses Titels das Wort *minuuntur* noch hinzugefügt haben sollten, da in dem ganzen Titel von dem usufructu vestimentorum gar keine Rede ist. Das Wort *minuuntur* geht vielmehr auf fungible Sachen, wozu Kleider an sich nicht gehören, wie aus *L.* 1. *D. h. t.* erhellet. Denn offenbar wird hier von solchen Sachen, die ihrer Natur nach keinen wahren Nießbrauch zulassen, gesagt: usu tolluntur vel minuuntur. Ersteres geht also vielmehr auf die Consumtion selbst, letzteres auf die Verminderung der Quantität [96]. Unerhört ist es ferner, daß die Materie, woraus Kleider gemacht werden, in den Gesetzen je vestimentum wäre genennt

vel argenti pondus, als pecunia signata unterschieden. *L.* 1. *§.* 1. *L.* 9. *L.* 19. *pr. D. eod.*

95) S. ROTGERSIUS cit. Diatr. Cap. II. §. 12. — 14.

96) ROTGERSIUS Cap. III. §. 17.

nennt worden. Das Gegentheil lehrt Ulpian[97]). Die Kleider können zwar geschäzt werden, und dann ist der daran ertheilte Nießbrauch ein quasi ususfructus. Allein daß Justinian §. 2. *D. de Usufr.* von geschätzten Kleidern rede, ist aus dieser Stelle nicht zu ersehen, und dann können ja durch Schätzung alle Sachen zu fungiblen gemacht werden, wenn blos der Werth derselben wieder erstattet werden soll. *Nam aestimatio facit periculum eius, qui eam se praestiturum recepit*[98]). Auch Wissenbach[99]) und Heineccius[100]) halten es daher für einen Irrthum des Tribonians, wenn §. 2. *I. de usufr.* die Kleider zu den fungiblen Sachen gerechnet werden.

Nicht minder streitig ist die Frage, ob nomina, d. i. ausstehende Capitalien und Schuldforderungen, als ein Gegenstand des wahren ususfructus zu betrachten sind, oder ob der daran bestellte Nießbrauch nur ein quasi ususfructus sey? Es betrifft diese Frage nicht die Controvers, deren Ulpian *L.* 3. *D. h. t.* gedenkt, wenn er daselbst sagt: Post quod sc. *Senatusconsultum* omnium rerum ususfructus legari poterit. An et *nominum*? NERVA negavit Sed est verius, quod CASSIUS et PROCULUS existimant, posse legari. Idem tamen *Nerva*, ipsi quoque debitori posse usumfructum legari, scribit, et

97) *L.* 22. *D. de auro, argento etc. leg.*

98) *L.* 5. *§.* 3. *D. Commodati. L.* 1. *§.* 1. *D. de aestimatoria.*

99) Commentar. ad Institut. Disputat. XII. §. 7.

100) Annotat. in VINNII Commentar. in Institut. ad §. 2. I. de usufructu.

et remittendas ei usuras. Nerva[1]) war nicht der Meinung, als ob der usufructus nominum etwa in dem Falle für einen wahren Nießbrauch zu halten sey, da der Usufructuar das Capital nicht erheben darf, sondern bloß die Zinsen genießen soll; hingegen ein quasi ususfructus sey, wenn dem Schuldner selbst der Nießbrauch des schuldigen Capitals vermacht worden ist, wie Ulrich Huber[2]) diese Stelle erklärt. Nein, Nerva läugnete, daß an Schuldforderungen überhaupt ein Nießbrauch legirt werden könne, nachdem auch durch das Senatusconsultum ein quasi ususfructus eingeführt war, wofern nicht dem Schuldner selbst der ususfructus nominis wäre hinterlassen worden[3]). Nur in diesem Falle allein nahm er einen quasi usumfructum nominis an, weil es hier keiner Klage bedürfe, sondern der Schuldner vermöge des Legats nur eine Befreyung von der Zinsenzahlung genieße. Denn sein Zweifelsgrund war hauptsächlich der, daß nomina nicht sowohl zu den fungibeln, als vielmehr zu den unkörperlichen Sachen gehören, und, als persönliche Forderungen, nicht wohl auf einen Dritten, der nicht des Gläubigers Erbe ist, übergehen könnten, zumal wenn es, wie gewöhnlich, wenn der Schuldner seiner Pflicht kein Genüge leistet, zur

Klage

1) Vermuthlich M. COCCEJUS NERVA *Pater*, wie *Abr.* WIELING in Iurisprud. restit. T. I. pag. 333. und *Io. Aug.* BACH Histor. Iurispr. Rom. Lib. III. cap. I. Sect. VI. §. 14. not. b. dafür halten.

2) Praelect. ad Pand. h. t. §. 2.

3) S. *Car. Fried.* WALCHII Progr. Controversiam de usufructu nominis inter veteres ICtos agitatam exponens. *Ienae* 1758.

Klage kommt [4]). Diese Bedenklichkeiten fanden dagegen Cassius und Proculus mit Recht ganz ungegründet, weil ja das Senatusconsultum verordnet, daß nun ohne Ausnahme an allen und jeden Sachen, die ein Mensch in seinem Vermögen hat, der Nießbrauch solle vermacht werden können, sie seyen körperliche oder unkörperliche; und überdem, wenn auch geklagt werden sollte, der Erbe durch eine cessio nominis dem Legatar sehr leicht zu Hülfe kommen kann. Sed et si *nomen* legetur, sagt Ulpian [5]) benigne id, quod debetur, accipiendum est, *ut actiones adversus debitorem cedantur*. Ja Ulpian mußte hierbey noch weniger Schwierigkeiten gefunden haben, der Meinung des Cassius und Proculus beyzustimmen, da zu seinen Zeiten durch Interpretation der Constitution des Ks. Pius schon längst eingeführt war, daß derjenige, dem eine Schuldforderung vermacht worden ist, auch sogar, ohne besondere Cession, actione utili im eignen Namen klagen könne [6]). Dieser Streit ist also beygelegt. Allein darüber streiten die neuern Rechtsgelehrten, ob der an einem ausstehenden Capital vermachte Nießbrauch für einen wahren, oder nur für einen quasi ususfructus zu halten sey? Lauterbach [7]) betrachtet die nomina als einen Gegenstand des wahren ususfructus. Struv [8]), Müller [9]), Leyser

4) S. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 629. h. not. 555 a. pag. 411.

5) *L. 44. §. 6. D. de legat. I.*

6) *L. 18. Cod. de legat.*

7) Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 6. auch THIBAUT im Syst. des P. R. 2. B. §. 610.

8) Synt. iur. civ. Exercit. XII. Th. 39.

9) ad *Struvium* c. l. not. δ. Tom. I. pag. 773.

Leyser [10]) und Walch [11]) hingegen behaupten, daß bey ausstehenden Capitalforderungen nur ein quasi usufructus statt habe. Häberlin [12]), Boley [13]) und Weber [14]) suchen beyde Meinungen dadurch zu vereinigen, daß sie einen Unterschied machen, ob der Nießbrauch von einem Capital Jemandem auf eine solche Art ertheilt worden sey, daß er blos die Zinsen davon genießen solle, das Capital selbst aber nicht erhoben werden dürfe, oder ob es auf eine solche Art geschehen sey, daß er auch über das Capital selbst verfügen darf, und am Ende nur eine gleiche Summe von derselben Güte und Art ersetzen soll. In dem ersten Falle sey der usufructus nominis ein wahrer Nießbrauch, in dem letztern aber ein quasi usufructus. Hier nur trage der Nutznießer die Gefahr des Capitals, dort hingegen hafte die Gefahr desselben auf dem Eigenthümer. Ferner ist der usufructus nominis ein wahrer Nießbrauch, so könne der Proprietar keine besondere Caution fordern, sondern behalte statt derselben die Schuldverschreibung in Händen. Sofern hingegen dieser Nießbrauch ein quasi usufructus sey, müsse die gesetzlich vorgeschriebene Caution geleistet werden [15]). Ich gebe der Meinung derjenigen Rechtsgelehrten

10) Meditat. ad Pand. Spec. CVI. med. 5.

11) Diss. de usufructu nominum maritali, *Ienae 1767.* §. 7. sqq.

12) Diss. de usufructu pecuniae §. 10.

13) Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien (Stuttgart. 1800.) S. 164. Not. aaa.

14) Zu Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 374. Not. 2. S. 388.

15) S. HAEBERLIN Dissertat. cit. §. 13.

lehrten den Vorzug, welche den usufructus nominum blos für einen quasi usufructus halten. Denn Erstens sagt es Ulpian *L.* 3. *D. h. t.* ausdrücklich, daß erst nach Einführung des quasi usufructus durch das Senatusconsultum auch nomina ein Gegenstand des Nießbrauchs hätten seyn können. Daß aber der durch das Senatusconsultum an solchen Sachen, an welchen vormals kein usufructus constituirt werden konnte, gestattete Nießbrauch nur ein quasi usufructus sey, lehrt Cajus in der unmittelbar vorhergehenden *L.* 2. *D. h. t.* mit deutlichen Worten. Zwar redet Cajus in dieser Stelle vom usufructu pecuniae. Allein daß zwischen beyden Arten des Nießbrauchs, in Absicht auf die rechtliche Natur und Eigenschaft derselben, kein Unterschied sey, ergiebt sich daraus ganz klar, daß Zweytens die Gesetze denjenigen, welchem der Nießbrauch von ausstehenden Capitalien vermacht ist, ausdrücklich nur zu derjenigen Caution verpflichten, die das Senatusconsultum beym quasi usufructus vorgeschrieben hat, nämlich *se tantundem restituturum esse.* Nicht nur Paulus sagt *L.* 4. *D. h. t.* Ergo *cautio* etiam *ab hoc* 16) exigenda erit, nämlich *ab eo*, *cui usufructus nominum legatus est*, wovon unmittelbar vorher die Rede war; sondern eben dies wird noch deutlicher *L.* 24. *D. de usu et usufr. leg.*

16) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. 4. will statt ab hoc lieber *ob hoc* lesen. Denn nach der gemeinen Leseart würden diese Worte blos auf den Schuldner gehen, dem der Nießbrauch von seinem debitum vermacht worden ist, von welchem Falle *L. 3. in fin.* die Rede war. *Ob hoc* hingegen gehe überhaupt darauf, wenn der usufructus nominis vermacht worden ist. Allein die gemeine Leseart bestätigen auch die *Basilica* Tom. II. pag. 282.

leg. bestimmt, wo Papinian sagt: Uxori fructu bonorum legato, foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, *post impletam ex SCto cautionem*, praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum, ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est. Diese Caution beweißt, daß es bey dem usufructu nominum ein wesentliches Erforderniß sey, daß das Geld von diesen Capitalforderungen durch den Nutznießer müsse erhoben werden können, wie aus *L.* 1. *Cod. de usufructu* erhellet, wo gesagt wird: Si ususfructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est: quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, *tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam Senatusconsulti cautione.* Sind also Jemandem bloß die Zinsen von gewissen Capitalien vermacht, so daß der Legatar kein Recht an den Capitalien selbst erhält, sondern diese unter der Disposition des Erben und dessen Eigenthum verbleiben, so ist dergleichen Vermächtniß kein legatum ususfructus, sondern ein *legatum redituum*, welches zugleich die Eigenschaft eines annui legati hat [17]). Bey diesem leistet der Legatar keine Caution, er ist vielmehr, da ein solches Legat nicht nur als ein bedingtes [18]), sondern auch in Ansehung dessen, daß die Hebung dieses Vermächtnisses, nach Maasgebung der aus den Capitalien fallenden Zinsen, auf jedes Jahr gestellet ist, als ein legatum in diem relictum anzusehen ist, zur Sicherheit des richtigen Abtrags der

17) *L.* 5. *D. de annuis legat.* S. Ge. Lud. Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Band. Nr. 33. Qu. I. n. 6. sqq. pag. 258.

18) *L.* 4. *D. eod.*

der vermachten Zinsen von dem Erben eine hinlängliche Caution zu fordern berechtiget [19]). So wie jedoch bey diesem Vermächtniß der Legatar nicht, wie bey dem usufructu nominum, für die Gefahr der Capitalien haftet, so ist hingegen auch der Erbe bey Erhebung der Zinsen ein mehreres nicht, als seine eigne Schuld, zu vertreten verbunden [20]), keinesweges aber dafür einzustehen pflichtig, wenn Zinsen, ohne daß ihm dabey eine Schuld zur Last fällt, nicht bezahlt werden [21]), indem das Vermächtniß des Zinsengenusses auf gleiche Weise, wie das Vermächtniß der Früchte eines Grundstücks, die stillschweigende Bedingung enthält, daß ein Zinsen von den Capitalien erhoben werden können [22]).

§. 645.

Bestellung des quasi usufructus. Zweck und Nothwendigkeit der Cautionsleistung. Endigung des quasi usufructus.

Wenn nun hiernächst die Frage entsteht, wie der quasi usufructus constituirt werde, so geben zwar die meisten Rechtsgelehrten [23]), denen auch Hellfeld beystimmt, die Regel: *Constituitur quasi ususfructus iisdem modis, quibus*

19) *L. 1. §. 1. L. 5. §. 2. L. 14. D. Ut legator. vel fideicommissor. servand. causa caveat.*

20) *L. 108. §. 12. D. de legat. I.*

21) *§. 15. I. de legat.*

22) *L. 1. §. ult. D. de condit et demonstr. L. 73. D. de Verb. obligat.* Böhmer a. a. O. Qu. III. n. 27. sqq. pag. 262.

23) *Paul* VOET Commentar. ad §. 2. I. de usufr. nr. 5. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. *Ulr.* HUBER Praelection. in Institutiones Lib. II. Tit. 4. §. 8. *Io. Iac.* WISSENBACH Commentar. ad Institut. Disputat. XII. §. 5. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip.

quibus verus usus fructus, adeoque non tantum ultima voluntate per legatum, sed et inter vivos per pactionem. Allein viele, sowohl ältere als neuere, Rechtsgelehrte [24]) behaupten, daß der quasi usus fructus sich darin von dem wahren Nießbrauche unterscheide, daß er nicht durch Vertrag, sondern bloß durch Vermächtniß bestellet werden könne. Man sagt, der quasi usus fructus sey blos aus besonderer Begünstigung der letzten Willensverordnungen durch das Senatusconsultum eingeführt worden, nämlich um ihren Wirkungskreis in Absicht auf die Vermächtnisse eines quasi usufructus, welche die strenge Rechtstheorie vorher nicht zuließ, zu erweitern. Nicht nur in §. 2. *I. de Usufr.* werde dieses angedeutet, wenn es daselbst heißt: Sed *utilitatis causa* Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, quae ipso usu consumuntur; sondern das Senatusconsultum rede auch selbst ausdrücklich nur vom Vermächtniß. Senatus censuit, sagt Ulpian *L.* 1. *D. h. t.* ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, *usus fructus legari possit.* Quo *Senatusconsulto* inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur, vel minuuntur, *possit*

cip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iuris civ. T. II. §. 1130. HAEBERLIN Diss. cit. de usufructu pecuniae §. 18. u. a. m.

24) *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. IV. cap. 4. pag. 235. *Franc.* HOTOMANUS Commentar. ad §. 2. I. de usufr. p. 140. *Matth.* WESENBEC Commentar. in §. 2. I. de usufr. nr. 8. *Ge.* FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 2. *Greg.* MAJANSIUS in Diss. de usufructu ear. rerum, quae usu consumuntur. §. 36. GALVANUS de usufructu Cap. XIX. §. 13. pag. 211. sq. u. a. m.

sit usus fructus legari. Daher werde überall, sowohl in den Gesetzen dieses Titels, als an andern Orten, wo des quasi ususfructus Erwähnung geschiehet, als §. 2. *I. de usufr.* *L.* 69. *D. ad Leg. Falcid.* immer nur der einzigen Entstehungsart desselben durch Vermächtniß gedacht; nirgends der Bestellung durch Vertrag. Diese vertrage sich auch nicht einmal mit dem quasi ususfructus. Denn ein solches Geschäft unter den Lebendigen würde in ein Darlehn übergehen. Itaque, so sagt der würdige Connanus [25]), *Senatusconsultum arbitror inductum legatorum causa, non etiam eorum contractuum, quos appellamus inter vivos, ut ex Ulpiani verbis satis apparet, quibus dicit, Senatum censuisse, rerum omnium usumfructum legari posse; quasi iure contractus non idem liceat, ut dici posse videatur, si decem aureorum usumfructum tibi donaverim, non usumfructum constitutum esse, sed mutuum, quod mihi post mortem restitueres. In legatis autem utilitatis causa institutum est, ut quia nemo post mortem dare mutuo potest, liceret illi legando usumfructum facere, quod per contractum non posset.* Und eben so schreiben die gelehrten Verfasser der neuen französischen Pandecten [26]): *Il est évident, que l'usufruit, à l'égard des choses fongibles, ne peut jamais être qu'un simulacre, une image d'usufruit, et que c'est avec raison, que les Jurisconsultes*

25) Cit. loc. Tom. I. pag. 235.

26) Les Pandectes francaises, ou Recueil complet de toutes les Lois en vigeur, contenant les Codes civil, criminel, etc. avec des Observations formant un Traité substantiel et succint de chaque matière par *I. B.* DELAPORTE et *P. N.* RIFFÉ-CAUBRAY. *Paris 1804.* 8. Tom. V. pag. 230.

sultes ont appelé ce droit un quasi-usufruit. Encore est-il certain, qu'un pareil droit ne peut être établi, que par testament; car, de quelque manière qu'il puisse ètre stipulé dans un acte entre-vifs, ce n'est evidemment qu'un prèt, ou une donation reversible.

Allein wenn gleich der quasi usufructus in vielen Stücken an das mutuum gränzt, so ist doch noch immer zwischen beyden ein großer Unterschied, wie Joh. Jac. Wissenbach[27]), Ulrich Huber[28]), Arnold Rorgersius[29]), Wolfg. Adam Lauterbach[30]) und Joh. Ortwin Westenberg[31]) gezeigt haben. Denn im Darlehn kann der Gläubiger keine Caution fordern, wofern sie ihm nicht versprochen ist; dazu kann hingegen der quasi usufructuarius rechtlich angehalten werden. Im mutuo können Zinsen stipulirt werden, aber nicht im quasi usufructu Der quasi usufructus endiget sich ferner anders nicht, als auf die gesetzlich bestimmte Art. Ein Darlehn kann hingegen zu jeder Zeit zurückgefordert werden, wenn keine Zeit bestimmt ist. Endlich das mutuum wird in eodem genere restituirt, allein im quasi usufructu oft auch der Werth der abgenutzten Sache. Daß der Fall des Vermächtnisses bey dem quasi usufructu gewöhnlicher, als eine Bestellung durch Vertrag gewesen seyn mag, ist aus den darüber vorkommen-

27) Exercitation. ad Pandect. Disputat. XIX. §. 23.

28) Praelection. ad Institut. Iustinian. Lib. II. Tit. IV. §. 8.

29) Apodicticar. Demonstration. Lib. II. Diatr. I. Cap. III. §. 39. pag. 685.

30) Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 4.

31) Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 6. et 7.

menden häufigen Stellen des Römischen Rechts nicht zu verkennen. Man mag sich auch wohl Anfangs an die Worte des Senatusconsultums gebunden haben. Allein nachdem einmal der quasi ususfructus eingeführt war, so ist kein Grund vorhanden, warum er nicht eben so gut, wie der wahre ususfructus, auch durch Vertrag hätte bestellet werden können [32]). Vielleicht brauchten deswegen die Verfasser der Institutionen §. 2. *de usufr.* den generellen Ausdruck *constitui*. Daß übrigens ein quasi ususfructus eben sogut, wie ein wahrer Nießbrauch, auch ipso iure Statt finden könne, hat keinen Zweifel [33]). Merkwürdig ist es jedoch, was Ulpian sagt *L. 5. pr. D. h. t.* Hoc Senatusconsultum non solum ad eum pertinet, qui pecuniae usumfructum, vel caeterarum rerum, quas habuit, legavit, *verum et si fuerint alienae.* Nach dieser Stelle kann also auch an fremden fungiblen Sachen ein quasi ususfructus vermacht werden. Es ist jedoch hier, eben so, wie bey dem Vermächtniß einer fremden Sache, ein Unterschied zu machen, ob der Testirer gewußt hat, daß ihm die Sache nicht gehöre, oder ob er sie aus Irrthum für die seinige gehalten habe. Nur in dem ersten Falle gilt das Legat, in dem letztern hingegen ist es ungültig. Die Wirkung ist auch hier die nämliche. Der Erbe muß in jenem ersten Falle dem Legatar den vermachten Nieß-

32) VINNIUS in Comm. ad §. 2. I. de Usufr. nr. 3. ad verb. *Utilitatis causa* sagt ganz recht: *Semel admisso et recepto in legatis harum rerum usufructu, nihil admodum video, quod obstet, quominus id ius produci possit ad conventiones.*

33) HAEBERLIN cit. Diss. §. 21.

Nießbrauch zu verschaffen suchen [34]). Will der Eigenthümer die dazu vermachte Sache nicht verkaufen, so muß der Erbe eine andere Sache von derselben Qualität und Quantität anschaffen, oder den Werth der Sache zur Nutznießung prästiren [35]). Hat der Testirer fremde Gelder, oder andere fungible Sachen, welche er selbst im Besitz hatte, aus Irrthum für sein Eigenthum gehalten, und daran einen quasi usumfructum vermacht; so erwirbt der Legatar durch eine consumtio bona fide facta daran das Eigenthum, wie beym Darlehn [36]), und der quasi ususfructus wird dadurch gültig [37]).

Da es bey dem quasi ususfructus zur ausdrücklichen Bedingung gemacht ist, ut eo nomine heredi utiliter caveatur, wie §. 2. *I. de usufr.* gesagt wird; ja da Cajus *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* ausdrücklich sagt, daß, man um dieses Cautionsmittels willen, den quasi ususfructus

34) In den Scholien der Basiliken Tom. II. pag. 284. heißt es zu den Worten der L. 5. cit. *sed et alienarum.* Ἀναγκάζεται γὰρ ἀπὸ τοῦ νόμου ἐπικτήσασθαι τὴν χρῆσιν ὁ κληρονόμος, καὶ δοῦναι ταύτην τῷ ὁρισθέντι ἔχειν αὐτήν. i. e. *Heres enim usumfructum acquirere Senatusconsulto cogitur, eumque legatario praestare.*

35) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. Tomi II. Part. II. ad L. 5. pr. D. h. t. p. 129. und WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 631. not. 557.

36) S. den 8. Th. dieses Commentars §. 578. S. 93.

37) POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 245. sagt: *Consumtio bona fide facta a legatario supplet, ut in mutuo, translationem dominii, quae ad hunc quasi usumfructum constituendum desideratur.*

fructus gegen die Strenge des ältern Civilrechts zugelassen habe; so entsteht die Frage, zu welchem Zwecke hier die Caution erforderlich sey? und ob sie zum Wesen des quasi usus fructus gehöre? Hellfeld sagt, die Substanz der Sache werde zwar durch die Caution erhalten, und könne daher nicht ganz erlassen werden; deswegen gehöre aber doch die Caution nicht *ad essentiam*, sondern nur *ad naturam* quasi ususfructus. Wenn dies kein Widerspruch ist, so giebt es keinen. Ist die Prämisse richtig, daß die Caution dazu eingeführt sey, um dem Erben, oder demjenigen, welcher sonst den quasi ususfructus constituirt hat, die Substanz der Sache zu erhalten, so vertritt sie die Stelle der Proprietät. Kann sie nun deswegen nicht erlassen werden, so muß sie zum Wesen des quasi ususfructus gehören. Gerade aus diesem Grunde stellen daher mehrere Rechtsgelehrten [38]) den Satz auf: *cautio quasi ususfructus substantiam ingreditur*. Allein wie wenig diese Meinung den Gesetzen und der Natur der Sache gemäß sey, ist leicht zu beweisen. Denn 1) ist der Zweck aller Caution, und also auch der usufructuarischen, Sicherstellung desjenigen, welcher diese Caution zu fordern befugt ist [39]). Sie vertritt also eben so wenig die Stelle der Proprietät, als dadurch bey

38) *Ger.* NOODT de usufr. Lib. I. cap. 19. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 4. COSTALIUS Comm. ad. L. 1. D. Usufr. quemadm. cav. *Herm.* VULTEIUS Iurisprud. Rom. §. 3483. *Ulr.* HUBER Praelection. ad Institution. Lib. II. Tit. 4. §. 9. *Ant.* FABER Rational. ad L. 13. pr. D. de Usufr. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XVII. §. 64. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de usufructu vestimentor. Cap. I. §. 5. in *Opusc.* pag. 174. u. a. m.

39) *L. 13. pr. D. de usufr.*

bey dem quasi usufructu die Substanz der Sache erhalten werden kann. Es müßte dieses durch eine Art von Fiction geschehen. Eine solche Fiction läßt sich aber ohne Gesetz nicht annehmen, und diese enthalten hierüber nichts. Nach dieser Ansicht berührt also die Caution das Wesen des quasi ususfructus auf keine Weise, sondern sie tritt blos der Sicherheit wegen hinzu, und unterscheidet sich von demselben, wie das Mittel der Sicherheit von dem Geschäft selbst, um dessen willen jenes eingeführt ist. Das, was eigentlich beym quasi ususfructus die Stelle der Proprietät vertritt, welche durch die Caution gesichert werden soll, ist das Recht des Erben, oder wer sonst den quasi ususfructus constituirt haben mag, eine Sache von derselben Art in derselben Quantität und Qualität, oder deren Werth nach geendigter Nutznießung zurück zu fordern [40]). Dieses Recht behält der Erbe oder der Constituent, es mag die Caution geleistet seyn oder nicht. Hieran lassen uns nun auch 2) die Gesetze selbst keinen Augenblick zweifeln. **Ulpian** sagt nämlich *L.* 5. §. 1. *D. h. t.* Si pecuniae sit ususfructus legatus, vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, *nec cautio interveniat*: videndum, finito usufructu, an pecunia, quae data sit, vel caeterae res, quae in absumtione sunt, condici possint? Sed [41]), si quidem, adhuc constante usufructu, cautionem quis velit condicere, dici potest, omissam cautionem posse condici incerti

40) S. WESTPHAL de Servit. praed. §. 628. not. a. pag. 409.

41) Statt *sed* lieset der Cod. Pand. membr. Erlangens. *Et.* Eben so Haloander und Baudoza; und diese Leseart ist nach Brenkmanns Bemerkung allerdings richtiger.

incerti condictione. Sed si[42]), finito usufructu, *ipsam quantitatem*[43]), SABINUS putat *posse condici.* Quam sententiam et CELSUS lib. 18. Digestorum probat. Quae mihi non inarguta videtur. Ulpians Entscheidung betrifft hier gerade den Fall, daß bey einem legirten quasi usufructus keine Caution bestellet war. Der Fall mochte vielleicht nicht ganz außer Streit seyn; sonst hätte wohl Ulpian nicht nöthig gehabt, sich auf Sabinus zu berufen, und vollends überflüssig wäre die Bemerkung gewesen, daß auch Celsus diese Meinung billige. Man könnte freylich einwenden, daß das Eigenthum nicht auf den Quasi-Usufructuar übergegangen sey, weil es hier an einem gerechten Titel fehle. Denn das Vermächtniß eines Nießbrauchs an fungiblen Sachen ist nach der Strenge des alten Civilrechts ipso iure nichtig, und soll es als ein quasi usufructus gelten, so ist durch das Senatusconsultum das remedium cautionis eingeführt. Dennoch hält Ulpian die Bestellung des quasi usufructus auch ohne Caution nicht für ungültig, sondern unterscheidet mit Sabinus und Celsus, ob der Nießbrauch noch besteht, oder bereits geendiget ist. Im ersten Falle kann die bey der Uebergabe nicht in Anregung gebrachte Caution immer noch gefordert werden. Die Klage ist hier eine *condictio incerti*, weil sie auf Cautionsleistung, und also auf ein Factum geht[44]). In dem letztern

42) Haloander und Baudoza haben das *si* nicht. Es fehlt auch in dem Cod. Pand. Erlang. mspt. Allein die florentinische Leseart läßt sich sehr wohl vertheidigen.

43) Man denke sich hier noch die Worte: *velit condicere.*

44) S. WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 959. not. a. pag. 677.

tern Falle hingegen fordert der Erbe eine gleiche Summe oder Quantität von gleichem Gehalt und Güte zurück. Actione ex stipulatu kann hier freylich ohne Caution nicht geklagt werden. Allein die condictio certi steht dem Erben zu Gebote. Unrichtig hingegen ist es, wenn Pothier[45]) von einer condictio sine causa spricht 3) Darf freylich der Testirer dem Legatar die Caution nicht erlassen [46]), weil es widersprechend seyn würde, wenn der Testator, der dem Legatar doch nur den Nießbrauch zugetheilt hat, dennoch eine solche Verfügung treffen wollte, wodurch dem Erben das ihm vorbehaltene Recht unsicher gemacht würde [47]). Allein daß auch der Erbe die Caution dem Legatar nicht erlassen könne, wird nirgends gesagt. Warum sollte sich auch der Erbe, oder wer sonst einen solchen Nießbrauch constituirt hat, eines Rechts nicht begeben können, was blos zu seinem Vortheil eingeführt ist? [48]) Endlich 4) giebt es Fälle, wo die Gesetze die Caution beym Nießbrauche erlassen, ohne Unterschied, es sey vom wahren Nießbrauche, oder vom quasi ususfructus die Rede. So z. B. ist der Vater cautionsfrey in Ansehung des Nießbrauchs, der ihm an

45) Pandect. Iustinian. h. t. Nr. IX. not. b.

46) *L. 6. D. Ut in possessione legator. servandi causa esse lic. L. 1. C. de usufr.* S. *Arn.* VINNII Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 29.

47) Es ist jedoch dem Testator erlaubt, dem einen Miterben aufzuerlegen, daß er für den Legatar Bürgschaft leiste, wenn er denselben gern von der Caution befreyen will. *L. 8. D. h. t.* Man sehe über diese Stelle IENSIUS Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 70. sq. und vorzüglich WESTPHAL §. 701. not. 626. b).

48) *L. 46. D. de pact. L. penult. C. eod.*

an den Adventizien seiner Kinder gebührt [49]). Wie könnte eine solche Erlassung Statt finden, wenn die Caution zum Wesen des quasi usufructus gehörte? Aus diesen Gründen halten die meisten Rechtsgelehrten [50]) die Caution für ein bloßes naturale quasi usufructus, das heißt, die Gesetze verpflichten den Quasi-Fructuar zu dieser Cautionsleistung, ohne daß es deshalb einer besondern Verabredung bedarf [51]). Der Erbe ist daher solche von Rechts wegen zu fordern befugt, wenn er gleich schon die zum quasi usufructus vermachte Sache dem Legatar übergeben hat [52]).

Ein

49) *L. 8. §. 4. in fin. Cod. de bonis, quae liberis.* Mehrere Ausnahmen kommen unten §. 654. vor.

50) CASTILLO de usufructu cap. 15. et 16. FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. VIII. cap. 43. *Paul* VOET Comment. ad §. 2. I. de Usufr. n. 6. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. VII. Tit. IX. §. 11. *Hub.* GIPHANIUS Comm. ad §. 2. I. de usufr. pag. 135. *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. 2. I. de usufr. nr. 4. vorzüglich *M. Aur.* GALVANUS de usufructu Cap. XIX. §. 13. — 15. pag. 211. sqq. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11. *Io.* BORCHOLTEN Comm. ad §. 2. I. de usufr. nr. 4. *Corn. van* ECK Princip. iuris Dig. Lib. VII. Tit. 9. §. 9. *Arn.* ROTGERSIUS Apodict. Demonstration. iuris Rom. Lib. II. Diatr. I. Cap. III. §. 45. et 46. *Car. Ch.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1140. WESTPHAL l. c. §. 628. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 433. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 619. besonders *Wolr.* BURCHARDI Dissertat. III. qua demonstratur, cautionem usufructuariam nec veri nec quasi usufructus substantiam ingredi, sed solum naturale externum attributum esse. *Herbornae* 1758. 4.

51) *§. 2. I. de usufr. L. 2. L. 7. L. 10. D. h. t. L. 6. D. Ut in possession. legator. L. 1. C. de usufr.*

52) *L. 5. §. 1. D. h. t.*

Ein Vorbehalt war daher nicht nöthig. Ja der Legatar hat nicht eher eine Klage, den quasi usufructus zu fordern, als bis er die verlangte Caution geleistet hat [53]). Daß ihm aber auch die Sicherheitsleistung erlassen werden könne, hat keinen Zweifel [54]).

Noch ist zu bemerken, daß der quasi usufructus sich eigentlich nur auf zweyerley Art nach dem gemeinen Rechte endige, nämlich durch den Tod und durch capitis deminutio, und zwar nach dem neuern Röm. Rechte nur durch eine solche, die dem Tode gleichgeachtet wird, und in einem gänzlichen Verluste der Freyheit und aller bürgerlichen Rechte besteht. Diese beyden Fälle werden auch in der Caution ausdrücklich bemerkt, wie Ulpian sagt *L. 7. D. Usufr. quem. cav.* Quum *ususfructus pecuniae* legatus esset, exprimi debent hi duo casus in stipulatione: *cum morieris*, aut *capite minueris*, dari. Idcirco hi duo soli casus, *quoniam pecuniae usus aliter amitti non potest, quam his casibus.* Eben so Paulus *L. 9. D. h. t.* In stipulatione de reddendo usufructu pecuniae duo soli casus interponuntur, *mortis*, et *capitis deminutionis.* Dies hindert indessen nichts, daß nicht auch bey der Bestellung des quasi usufructus eine Bedingung oder Zeitbestimmung beygefügt werden könne, so daß das Recht aufhört, wenn die Bedingung eintritt, oder die bestimmte Zeit verstrichen ist [55]). Dahingegen läßt sich hier weder eine

53) *L. 6. D. Ut in possession. legator.*

54) S. *Greg.* MAJANSIUS Disputation. iuris civ. Tom. I. Disput. XVII. §. 28.

55) S. ROTGERSIUS Apodicticar. Demonstrat. iuris Rom. Lib. II. Diatr. I. Cap. III. §. 62. et 43. pag. 687. und WESTPHAL c. l. §. 947. not. 834. pag. 666.

eine Erlöschung durch Untergang der Sache [56]), noch durch Nichtgebrauch, noch durch Consolidation gedenken [57]).

Uebrigens gilt in Ansehung der Münzsorten, in welchen die nutznießlichen Gelder wieder zu bezahlen sind, eben das, was bey der Wiederbezahlung eines Gelddarlehns Rechtens ist. Man sieht hier auf den Gehalt, den das Geld zur Zeit des bestellten Nießbrauchs hatte [58]). Auf diesen Zeitpunkt ist auch bey der Bestimmung des Werths der verbrauchten Sache zu sehen, nicht aber auf die Zeit der Restitution [59]).

56) Nunquam enim in quasi usufructu interitus rei liberat usufructuarium, sed res perit ei ceu domino. §. 2. *I. de Usufr. L. 9. C. de pign. act.* Anderer Meinung sind zwar BALDUS, MYNSINGER, und nach ihnen auch BERGER in Oecon. iuris Lib. II. Tit. III. Th. 19. Not. 1. Allein man sehe *Arn.* ROTGERSIUS cit. loc. §. 38. pag. 683. sq.

57) S. ROTGERSIUS c. l. §. 41. p. 686.

58) Vergl. Joh. Lud. Schmidts Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. §. 224. und besonders Desselben rechtliche Entscheidungen zu jener Abhandlung Nr. LVI. S. 405. f.

59) *Iust.* MEIER in Colleg. argentorat. Tom. I. h. t. §. 6. pag. 516.

Lib. VII. Tit. VI.

Si usufructus petetur, vel ad alium pertinere negetur.

§. 646.

Klagen wegen des Nießbrauchs, petitorische und possessorische.

Die Klagen wegen des Nießbrauchs sind von zweyerley Art.

I. **petitorische.** Es klagt nämlich entweder der **Usufructuar** gegen denjenigen, welcher ihm sein Recht streitig macht, oder ihn in der Ausübung desselben hindert, oder der **Eigenthümer** gegen denjenigen, welcher sich ein Nutznießungsrecht an seiner Sache anmaßt, das ihm nicht zusteht. Jener stellt die **actio confessoria**, dieser die **actio negatoria** [60]) an.

1) Die *actio confessoria* kann nicht nur gegen den Eigenthümer, sondern auch gegen jeden dritten Besitzer der Sache [61]), ja wenn er sie auch wirklich nicht besitzt, sondern sich nur für den Besitzer ausgiebt [62]), (qui liti se obtulit) angestellt werden, und geht darauf, daß das Recht des Klägers anerkannt, und der Beklagte verur-theilt

60) *L. 2. pr. D. Si servitus vindicet.* S. NOODT de usufructu Lib. II. cap. 14.

61) *L. 5. §. 1. D. h. t.*

62) *L. 6. D. h. t.*

werde, ihm die Sache nebst den Früchten [63]), und was sonst der Kläger gehabt hätte, wenn ihm die Sache nicht wäre vorenthalten worden, (omnis causa) zu restituiren [64]; oder, wenn der Kläger in dem Besitz der Sache ist, und der Beklagte ihn blos in der Ausübung seines Rechts stöhrt, daß er ihm wegen der ungehinderten Ausübung seines Rechts hinlängliche Sicherheit leiste [65]) Gegen den fictus possessor geht sie auf Leistung des Interesse [66]). Hätte während des Prozesses das Recht des Klägers durch seinen Tod, oder durch capitis deminutio, aufgehört, so ist nicht mehr Restitution der Sache, sondern nur Ersatz dessen, was der Kläger für die vergangene Zeit an Früchten und weiterer Entschädigung zu fordern hat, Gegenstand der Condemnation [67]). Wäre es durch den dolus des fingirten Besitzers, der sich muthwillig in den Rechtsstreit einließ, geschehen, daß der Nießbrauch während des Prozesses durch non usus verlohren gieng; so muß der Beklagte nicht nur dem Kläger den Nießbrauch wieder zu verschaffen suchen, sondern er ist auch denselben wegen der Entwährung sicher zu stellen schuldig, wenn der wahre Besitzer unterdessen einem Dritten Realrechte an der Sache constituirt hätte, die auch dem wieder hergestellten Nutznießungsrechte hinderlich seyn könnten [68]).

2) Die

63) *L. 5. §. 3. D. h. t.*

64) *L. 5. §. 4. D. eod.*

65) *L. 5. §. 6. D. eod.*

66) *L. 6. D. h. t.* S. WESTPHAL §. 981. not. 857.

67) *L. 5. §. 4. D. h. t.* WESTPHAL §. 996.

68) *L. 5. §. 5. D. h. t.* Siehe oben Seite 292. und WESTPHAL §. 993. not. 869.

2) Die *actio negatoria* hingegen steht dem Eigenthümer gegen denjenigen zu, der sich mit Unrecht den Nießbrauch an der Sache anmaßt [69]), und geht auf Anerkennung der Freyheit der Sache, und deren Restitution nebst den Früchten [70]), oder wenn der Kläger selbst Besitzer ist, auf Sicherheitsleistung wegen der ungehinderten Ausübung seiner Eigenthumsrechte [71]). Stellt der Nichteigenthümer diese Klage an, so muß er abgewiesen werden, wenn gleich auch dem Beklagten kein Nutzungsrecht zusteht. Für ihn muß schon darum, weil er Besitzer ist, gesprochen werden [72]).

II. Possessorische zum Schutz der quasi possessio iuris gegen Stöhrung derselben, und Wiedererlangung des verlohrnen Besitzes. Dem Usufructuar kommen in dieser Absicht verschiedene Interdicte zu statten [73]). Man unterscheide folgende Fälle.

1) der Usufructuar wird in der Ausübung seines Rechts gestört, ohne ihn jedoch des Besitzes entsetzt zu haben. Hier ist

a) wenn der Gegenstand des Nutznießungsrechts eine unbewegliche Sache ist, das *Interdictum uti possidetis* anwendbar. Dieses Interdict hat in folgenden Fällen Statt. α) Wenn Mehrere an derselben Sache pro indiviso den usufructus haben, und sich gegenseitig im Be-

 sitze

69) *L. 5. pr. D. h. t.*

70) *L. 5. §. 3. D. eod.*

71) *L. 5. §. 6. D. h. t.*

72) *L. 5. pr. D. h. t.*

73) S. NOODT de Usufr. Lib. II. cap. 16.

sitze stören; β) wenn sich der Fructuar gegen Eingriffe des Eigenthümers schützen will; γ) wenn ein Fremder, der gar kein Recht hat, den Besitz des Nutznießers stört; und δ) wenn verschiedene Rechte, z. B. usus und ususfructus an derselben Sache neben einander bestehen, und die Ausübung derselben gegen wechselseitige Stöhrung gesichert werden soll [74]).

b) Ist der Gegenstand eine bewegliche Sache, so findet das *Interdictum utrubi* Statt [75]).

2) Der Usufructuar wird nicht bloß in seinem Besitz gestöhrt, sondern er ist ihm gewaltsam entzogen. Hier ist das *Interdictum de vi* begründet [76]), und zwar nach dem neuern Römischen Rechte [77]) ohne Unterschied die nutznießliche Sache sey eine bewegliche oder unbewegliche. Der Gegenstand dieser Klage ist theils Restitution der Sache, theils vollständiger Schadensersatz [78]); ja zuweilen geht die Klage

74) *L. 4. D. Uti possidetis.* In summa puto dicendum, et *inter fructuarios* hoc interdictum reddendum, et si alter *usumfructum*, alter *possessionem* sibi defendat. Idem erit probandum, et *si usufructus quis sibi defendat possessionem:* et ita POMPONIUS scribit. Proinde et si alter *usum*, alter *fructum* sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

75) S. von Savigny Recht des Besitzes. 5. Abschn. §. 45. nr. II.

76) *L. 3. §. 13. 14. et 15. D. de vi. L. 60. D. de usufr. Ge. Ad.* STRUV Diss. de interdicto unte vi, quatenus usufructuarius ex eo restituatur. *Ienae 1658.*

77) *L. 7. C. unde vi. §. 1. I. de vi bon. raptor. §. 6. I. de Interdict.* Savigny a. a. O. 4. Abschn. §. 40. S. 380.

78) *L. 9. §. 1. D. de vi.*

Klage, wie die petitorische, bloß auf diesen Ersatz allein, wenn nämlich das Recht der Servitut selbst durch den Tod des Fructuars, oder durch capitis deminutio, oder durch Nichtgebrauch unterdessen aufgehört hat, jedoch mit dem Unterschiede, daß in den zwey ersten Fällen der Ersatz blos die vergangene Zeit betrifft, weil auch ohne die Dejection der Verlust hätte erfolgen müssen [79]; in dem letztern hingegen der Ersatz zugleich auf die künftige Zeit gerichtet seyn muß, weil hier die Dejection selbst die Ursache des Verlustes enthält [80].

79) *L. 60. pr. D. de usufr. L. 3. §. 17. D. de vi.*

80) *L. 9. §. 1. L. 10. D. de vi.* S. von Savigny Recht des Besitzes 5. Abschn. §. 45. S. 419.

Lib. VII. Tit. VII.
De operis servorum.

§. 647.

Begriff und Eigenheit der *Servitus operarum*.

Ganz verschieden vom usufructus war die *Servitus operarum*, welche in dem dinglichen Rechte bestand, von den Diensten eines fremden Sklaven allen Nutzen zu ziehen, bis er starb, oder ein Dritter ihn usucapirte [81]). Zwar bestand der Nutzen eines Sklaven hauptsächlich in seinen Diensten, weil die operae ein Gegenstand der Früchte sind, und einen Lohn zulassen [82]). Der zu dieser Servitut berechtigte konnte daher auch, gleich dem Usufructuar, die operas vermiethen [83]). Allein darin war doch diese Servitut von dem usufructus eines fremden Sklaven unterschieden, daß sie sich blos auf den Nutzen aus Diensten beschränkte, dahingegen der Usufructuar auch jeden andern Vortheil außer den Diensten sich zueignen konnte [84]); und dann auch in Ansehung der Dauer, da sie weder durch cap. demi-

81) *L. 1. §. 9. D. ad Leg. Falcid. L. 2. D. de usu et usufr. leg.* S. 10. D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 4. (in GERMEERM. *Thes.* T. IV. pag. 133. sq.)

82) *L. 3. et 4. D. h. t.*

83) *L. 2. D. de usu et usufr. legato.*

84) *§. 4. I. per quas person. cuiq. acquir.* VOET Comm. ht. t. §. 1.

deminutio [85]), noch durch Nichtgebrauch, noch durch den Tod des Berechtigten aufhörte, sondern daß hier blos auf das dienende Subject gesehen ward; nämlich wenn dieses starb oder usucapirt wurde, so war nun erst die Servitus operarum geendiget [86]). Es weicht also diese Servitut von dem eigentlichen Character persönlicher Dienstbarkeiten darin ab, daß sie persönlich ist, nicht in Rücksicht des Berechtigten, sondern blos in Absicht auf das dienende Subject, und daher auf die Erben des ersten übergeht [87]).

85) *L. 2. D. h. t.*

86) *L. 2. D. de Usu et usufr. leg.*

87) S. *Greg.* MAJANSII Diss. de operis. (in EIUS *Disputat. iuris civ.* Tom. I. Disp. 19. pag. 332. sqq.)

Lib. VII. Tit. VIII.

De usu et habitatione.

§. 648.

Berichtigter Begriff vom *usus*. Entwickelung der mancherley Fälle zur genauern Bestimmung desselben.

Zu den persönlichen Servituten gehört ferner der *usus*, χρῆσις, der jedoch gewöhnlich minder wichtig, als der ususfructus ist, wo er nicht etwa, in Beziehung auf gewisse Gegenstände, mit dem letztern gleiche Gränzen hat [88]). Worin

88) *L. 10. §. 1. D. h. t.* Sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit videndum? Et PAPINIANUS lib. 7. Responsorum ait, usum esse, non etiam fructum relictum; und §. 4. sagt Ulpian: Si usus fundi sit relictus, *minus utique esse*, *quam fructum*, *longeque*, nemo dubitat. Das Wort longeque ist hier vielen Auslegern ein Anstoß. Man glaubt hier eine Lücke zu finden. Daher erlaubt sich Haloander longeque distare zu lesen. *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. II. *cap. 15. in fin.* emendirt longe aequum, wie Ulpian an andern Orten gesagt haben soll, als *L. 4. §. 13. D. de doli mali et met. except.* *Pet. Paul.* IUSTI in Specim. Observation. criticar. (*Viennae 1765. 4.*) sucht durch eine Gemination zu helfen, und lieset *longe longeque*, gestützt auf die Auctorität des Scävola *L. 39. §. 1. D. de minorib.* Allein wie höchst unnöthig alle diese Critiken sind, hat PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 3. §. 2.

Worin nun die wahre Natur des *usus* bestanden habe, läßt sich durch eine alles umfassende ganz erschöpfende Definition nicht leicht angeben, denn alles beruhet hier auf einem Sprachgebrauche der Römer, den wir eigentlich nicht mehr haben [89]). Zwar versteht man gewöhnlich, wie auch unser Autor, unter usus das dingliche Recht eines blos auf die nothwendigen Bedürfnisse des Berechtigten eingeschränkten Gebrauchs von einer fremden Sache, und setzt eben darin das Hauptmerkmal des Unterschiedes zwischen dem usus und dem usufructus, daß letzter in einem Rechte auf die volle Benutzung der Sache besteht [90]). Noodt [91]) hat sich vorzüglich bemüht, diesen Unterschied aus dem Sprachgebrauche der alten Classiker zu erhärten. Allein wie wenig diese Idee dem Sprachgebrauche der Römischen Juristen und Gesetzgeber gemäß sey, hat Thibaut [92]) eben so einleuchtend als scharfsinnig dargethan. Vor-

§. 2. gezeigt. Ohne Zweifel gehört das longeque zu dem vorhergehenden minus. Dergleichen Versetzung der Worte hat sich Ulpian öfters erlaubt. Man sehe PÜTTMANNI varia iuris civ. capita. Lipsiae 1766. Cap. I.

89) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 61. Not. 1. und Konopak Institutionen des Röm. Rechts §. 291.

90) S. *Chr. Lud.* CRELL Diss. de servitute usus eiusque benigna interpretatione. *Vitemb.* 1751. Eine höchst unbedeutende Schrift.

91) De usufructu Lib I. cap. 2.

92) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 3. Abh. Man s. auch Albr. Hummels Encyklopädie des gesammten positiven Rechts. 2. Bandes 2. Abth. 3. Periode des Rechtssystems. S. 94. ff. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. III. §. 369. und Weber zu Höpfners Commentar §. 380. Not. 1.

Lib. VII. Tit. VII.

De operis servorum.

§. 647.

Begriff und Eigenheit der *Servitus operarum*.

Ganz verschieden vom usufructus war die *Servitus operarum*, welche in dem dinglichen Rechte bestand, von den Diensten eines fremden Sklaven allen Nutzen zu ziehen, bis er starb, oder ein Dritter ihn usucapirte [81]). Zwar bestand der Nutzen eines Sklaven hauptsächlich in seinen Diensten, weil die operae ein Gegenstand der Früchte sind, und einen Lohn zulassen [82]). Der zu dieser Servitut berechtigte konnte daher auch, gleich dem Usufructuar, die operas vermiethen [83]). Allein darin war doch diese Servitut von dem usufructus eines fremden Sklaven unterschieden, daß sie sich blos auf den Nutzen aus Diensten beschränkte, dahingegen der Usufructuar auch jeden andern Vortheil außer den Diensten sich zueignen konnte [84]); und dann auch in Ansehung der Dauer, da sie weder durch cap. demi-

81) *L. 1. §. 9. D. ad Leg. Falcid. L. 2. D. de usu et usufr. leg.* S. 10. D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. Cap. 4. (in GERMEERM. *Thes.* T. IV. pag. 133. sq.)

82) *L. 3. et 4. D. h. t.*

83) *L. 2. D. de usu et usufr. legato.*

84) *§. 4. I. per quas person. cuiq. acquir.* VOET Comm. ht. t. §. 1.

deminutio [85]), noch durch Nichtgebrauch, noch durch den Tod des Berechtigten aufhörte, sondern daß hier blos auf das dienende Subject gesehen ward; nämlich wenn dieses starb oder usucapirt wurde, so war nun erst die Servitus operarum geendiget [86]). Es weicht also diese Servitut von dem eigentlichen Character persönlicher Dienstbarkeiten darin ab, daß sie persönlich ist, nicht in Rücksicht des Berechtigten, sondern blos in Absicht auf das dienende Subject, und daher auf die Erben des ersten übergeht [87]).

85) *L. 2. D. h. t.*

86) *L. 2. D. de Usu et usufr. leg.*

87) S. *Greg.* MAJANSII Diss. de operis. (in EIUS *Disputat. iuris civ.* Tom. I. Disp. 19. pag. 332. sqq.)

Lib. VII. Tit. VIII.

De usu et habitatione.

§. 648.

Berichtigter Begriff vom *usus*. Entwickelung der mancherley Fälle zur genauern Bestimmung desselben.

Zu den persönlichen Servituten gehört ferner der *usus*, χρῆσις, der jedoch gewöhnlich minder wichtig, als der ususfructus ist, wo er nicht etwa, in Beziehung auf gewisse Gegenstände, mit dem letztern gleiche Gränzen hat [88]). Worin

88) *L. 10. §. 1. D. h. t.* Sed si χρῆσις sit relicta, an usus sit videndum? Et PAPINIANUS lib. 7. Responsorum ait, usum esse, non etiam fructum relictum; und §. 4. sagt Ulpian: Si usus fundi sit relictus, *minus utique esse, quam fructum, longeque*, nemo dubitat. Das Wort longeque ist hier vielen Auslegern ein Anstoß. Man glaubt hier eine Lücke zu finden. Daher erlaubt sich Haloander longeque distare zu lesen. *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 15. in fin. emendirt longe aequum, wie Ulpian an andern Orten gesagt haben soll, als *L. 4. §. 13. D. de doli mali et met. except. Pet. Paul.* IUSTI in Specim. Observation. criticar. (*Viennae 1765. 4.*) sucht durch eine Gemination zu helfen, und lieset *longe longeque*, gestützt auf die Auctorität des Scävola *L. 39. §. 1. D. de minorib.* Allein wie höchst unnöthig alle diese Critiken sind, hat PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 3. §. 2.

Worin nun die wahre Natur des *usus* bestanden habe, läßt sich durch eine alles umfassende ganz erschöpfende Definition nicht leicht angeben, denn alles beruhet hier auf einem Sprachgebrauche der Römer, den wir eigentlich nicht mehr haben [89]). Zwar versteht man gewöhnlich, wie auch unser Autor, unter usus das dingliche Recht eines blos auf die nothwendigen Bedürfnisse des Berechtigten eingeschränkten Gebrauchs von einer fremden Sache, und setzt eben darin das Hauptmerkmal des Unterschiedes zwischen dem usus und dem ususfructus, daß letzter in einem Rechte auf die volle Benutzung der Sache besteht [90]). Noodt [91]) hat sich vorzüglich bemüht, diesen Unterschied aus dem Sprachgebrauche der alten Classiker zu erhärten. Allein wie wenig diese Idee dem Sprachgebrauche der Römischen Juristen und Gesetzgeber gemäß sey, hat Thibaut [92]) eben so einleuchtend als scharfsinnig dargethan. Vor-

§. 2. gezeigt. Ohne Zweifel gehört das longeque zu dem vorhergehenden minus. Dergleichen Versetzung der Worte hat sich Ulpian öfters erlaubt. Man sehe PÜTTMANNI varia iuris civ. capita. Lipsiae 1766. Cap. I.

89) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 61. Not. 1. und Konopak Institutionen des Röm. Rechts §. 291.

90) S. *Chr. Lud.* CRELL Diss. de servitute usus eiusque benigna interpretatione. *Vitemb.* 1751. Eine höchst unbedeutende Schrift.

91) De usufructu Lib I. cap. 2.

92) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. B. 3. Abh. Man s. auch Albr. Hummels Encyklopädie des gesammten positiven Rechts. 2. Bandes 2. Abth. 3. Periode des Rechtssystems. S. 94. ff. *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. III. §. 369. und Weber zu Höpfners Commentar §. 380. Not. 1.

Vorläufig nur einige Stellen, um sich zu überzeugen, daß dem Usuar nicht selten der volle Gebrauch der Sache, ohne alle Einschränkung auf nöthigen Bedarf, verstattet sey. **Ulpian** sagt *L.* 12. §. 3. *D. h. t.* Sed si boum armenti usus relinquatur, *omnem usum* habebit et ad arandum, et ad caetera, ad quae boves apti sunt. Eben dieser **Ulpian** sagt ferner *L.* 2. 3. und 4. *D. eod.* Wem der usus von einem Hause vermacht sey, könne es nicht nur mit seiner Familie bewohnen, sondern auch hospites, et libertos suos, et clientes bey sich wohnen lassen; ja sogar einen inquilinus könne er mit aufnehmen. Es sey ihm auch nicht zu mißgönnen, wenn er einen Miethzins erhalten kann, wenn er nur selbst Antheil an der Wohnung behält. *Quid enim, si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit?* Besonders merkwürdig ist, was **Pomponius** *L.* 22. §. 1. *D. eod.* noch über diesen Fall lehrt: Licet tam angustus est legatarius, cui domus usus legatus est, *ut non possit occupare totius domus usum*, tamen eis, quae vacabunt, proprietarius non utetur: quia licebit usuario aliis et aliis temporibus tota domo uti; cum interdum domini quoque aedium, prout temporis conditio exigit, quibusdam utantur, quibusdam non utantur. Auf gleiche Weise steht es dem Usuar frey, nach *L.* 14. *pr.* *L.* 16. §. 2. und *L.* 20 *eod.* den vollen Nutzen von den Handlungen des Sklaven zu ziehen, von welchem ihm der usus vermacht worden ist, sofern er die Dienste desselben nur nicht einem andern vermiethet. Wie kann man sich endlich nach dem gemeinen Begriffe erklären, warum nach §. 4. *I. h. t.* und *L.* 12. §. 2. *D. eod.* derjenige, dem der usus vom Schaafvieh hinterlassen worden ist, sich zwar der Schaafe

zum

zum Düngen bedienen könne, aber sich weder die Wolle, noch die Milch, noch die Jungen zueignen dürfe: quia haec sunt *magis in fructu*, quam in usu. Kein Wunder, wenn Höpfner [93]) diesen Satz ganz unerklärbar, und Westphal [94]) denselben höchst lächerlich finden mußte. Man sieht also aus den angeführten Gesetzstellen schon soviel, daß die Gesetze bey dem Unterschiede zwischen usus und ususfructus nicht sowohl bloß auf die Quantität, oder den Umfang des Rechts, als vielmehr häufig auf die Qualität, das ist, auf die Arten der Nutzung selbst, die der Usuar sich zueignen kann, Rücksicht nehmen. Nur bey einigen Nutzungsarten wird der usus auf nothwendiges Bedürfniß eingeschränkt [95]).

Um nun also den Unterschied zwischen usus und ususfructus richtiger zu bestimmen, ist Folgendes zu bemerken. Der ususfructus enthält ein zweyfaches Hauptrecht. Er besteht nämlich aus dem Rechte des *usus*, und aus dem des *fructus*. Das letztere enthält das volle Recht auf alle Früchte; das erstere hingegen das volle Recht auf den sonstigen Gebrauch der Sache, ohne den Fruchtgenuß. Beyde können vereiniget, oder getrennt seyn. In dem letzten Falle giebt es einen nudum fructum, und einen nudum usum. So z. B. sagt Ulpian *L.* 5. §. 1. *D. usufr. quemadm. cav.* Si *usus* sine *fructu* legatus erit, *ademta fructus causa*, satisdari iubet Praetor. Hoc merito: ut de *solo usu*, non etiam de usufructu caveatur. Hiernach bestimmt sich nun

93) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 383. a. E.

94) De lib. et servitut. praedior. §. 755. not. 678.

95) S. Weber zu Höpfners Commentar §. 380. Not. 1. S. 394.

nun also der eigentliche ursprüngliche Begriff des usus, wie ihn wahrscheinlich Labeo nach *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* annahm, den aber nachher Ulpian in spätern Zeiten nach der Billigkeit, und nach den Umständen, z. B. bey Vermächtnissen, ausdehnte. Sed si *pecoris* ei *usus* relictus est, so heißt es in der angeführten Stelle, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat, *Labeo* ait: sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum; *haec enim magis in fructu esse.* Hoc amplius, fügt jedoch Ulpian hinzu, etiam *modico lacte* usurum puto: *neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.* Fructus bedeutet also ursprünglich den eigentlichen Fruchtgenuß, und dieser Ausdruck begreift alles unter sich, was man als Früchte der Sache sich zueignen kann, und wodurch man also wirklich etwas gewinnt und erwirbt. Usus hingegen bezeichnet ursprünglich jeden andern Gebrauch, den man von einer Sache machen kann, insofern derselbe von dem Genuß der Früchte verschieden ist. So gehört z. B. das Bewohnen eines Hauses, der Gebrauch eines Ochsen zum Düngen, zum Fahren, zum Pflügen des Ackers, ad usum; hingegen das Einärndten des Korns, das Vermiethen eines Hauses, ferner die Milch, Wolle und Jungen von Schaafen ad fructum. Der usus allein giebt demnach an sich kein Recht auf Früchte, so wie der fructus kein Recht zum usus, soweit es nicht etwa der Fruchtgenuß nothwendig macht. Will ich daher, daß Jemand zur vollen Benutzung einer Sache, deren Ertrag nicht allein in Früchten besteht, berechtiget seyn, nicht blos Früchte genießen, sondern auch sonst die Sache gebrauchen soll, so muß ich ihm beyde Rechte zugleich, und also den usus fructus einräumen. Weil jedoch in der Folge die Ausdrücke

fru-

fructus und usus in dem Sprachgebrauche des gemeinen Lebens manches von ihrer ursprünglichen Bedeutung verlohren, so sahen sich auch die Römischen Juristen genöthiget, bey der Auslegung der Verträge und Testamente dem geltenden Sprachgebrauche nachzugeben, wenn nicht die Absicht derselben vereitelt werden sollte. So wie man daher den Begriff von fructus ausdehnte, und darunter den vollen Genuß der Sache verstand, den man ehemals nur durch das zusammengesetzte Wort ususfructus hatte bezeichnen können; *) so ward auch nach und nach durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten etwas vom Fruchtgenuß zum usus mitgerechnet, wenn die zum usus eingeräumte Sache so beschaffen war, daß sie ohne den Genuß der Früchte entweder gar nicht, oder nur sehr unvollkommen benutzt werden konnte. Bey dem allen aber enthielt doch der usus im Allgemeinen weniger, als der ususfructus. Man hat daher, um die Rechte des Usuars zu bestimmen, folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Die Sache, welche Jemand zum usus erhalten hat, ist eine solche, welche gar keine eigentlichen Früchte trägt. Z. B. es ist Jemandem der usus von einem Hause, oder von einem Sklaven, oder von einem Gespann Pferde oder Ochsen vermacht. Hier hat der Usuar den gewöhnlichen, aber vollen Gebrauch der Sache, der sich salva substantia machen läßt, ohne auf das Maaß seiner Bedürfnisse beschränkt zu seyn. Es darf jedoch der Usuar nicht, wie der Usufructuar, die Ausübung seines Rechts einem Andern käuflich überlassen, noch vermiethen, ohne selbst auch einen Antheil daran zu behalten. Dahingegen kann er seinen Ehegatten, und alle diejenigen an dem Gebrauche der

*) *L. 14. §. 1. D. h. t.*

der Sache Antheil nehmen lassen; mit denen er in Verbindbindung lebt. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 2. §. 1. *D. h. t.* Domus usus relictus est aut marito aut mulieri. Si *marito*, potest illic habitare non solus, verum *cum familia quoque sua*. An et cum libertis, fuit quaestionis? Et *Celsus* scripsit, et *cum libertis*. Posse *hospitem quoque recipere:* nam ita lib. 18. Digestorum scripsit. Quam sententiam et *Tubero* probat. Sed an etiam *inquilinum recipere* possit, apud *Labeonem* memini tractatum libro posteriorum. Et ait *Labeo*, eum, *qui ipse habitat*, inquilinum posse recipere. Idem: et hospites et libertos suos.

L. 3. *D. eod.* Et clientes.

L. 4. *eod.* Caeterum *sine eo* ne hos quidem habitare posse. *Proculus* autem de inquilino notat, non belle *inquilinum* dici, qui cum eo habitet. Secundum haec, *et si pensionem percipiat*, *dum ipse quoque inhabitat*, *non erit ei invidendum*. Quid enim, si tam spatiosae domus usus sit relictus homini mediocri, ut portiuncula contentus sit? — *Mulieri* autem si usus relictus sit, posse eam et cum marito habitare, *Quintus Mucius* primum admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. Nam per contrarium, quin uxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum. Quid ergo, si *viduae* legatus sit? an nuptiis contractis post constitutum usum, mulier habitare cum marito possit? Et est verum, posse eam *cum viro* et postea nubentem habitare. Hoc amplius *Pomponius*, et *cum socero* habitaturam.

L. 5.

L. 5. *D. eod.* Immo et socer cum nuru habitabit: utique, cum vir una sit.

L. 6. *D. eod.* Non solum autem *cum marito*, sed et *cum liberis*, *libertisque* habitare, et *cum parentibus* poterit.

L. 8. *D. eod.* Sed neque *locabunt seorsum*, neque *concedent habitationem sine se*, nec *vendent usum*.

Daß bey dem usu *aedium* legato der Proprietar sich nach *L.* 22. §. 1. *D. h. t.* die Zimmer und Theile des Hauses nicht anmassen dürfe, die der Usuar auch jetzt nicht gebraucht, weil sie derselbe vielleicht in Zukunft noch gebrauchen könnte, ist schon oben vorgekommen. Daß er aber sein Recht nicht dürfe auf einen Andern übertragen, ohne selbst in dem Hause zu wohnen, erhellet auch aus §. 2. *I. h. t.* wo es heißt: Item is, qui *aedium usum* habet, hactenus ius habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet; *nec hoc ius ad alium transferre potest.*

Ferner wem der usus von einer Heerde Ochsen gegeben ist, kann nach der schon oben angeführten *L.* 12. §. 3. *D. h. t.* jeden Gebrauch davon machen, der sich nur immer von solchen Thieren, salva substantia, machen läßt, ohne daß der Ausübung seines Rechts andere Gränzen gesetzt sind, als die wegen des Vermiethens.

Eben so ist es beym usu servorum; wovon §. 3. *I. h. t.* gesagt wird: Item is, ad quem *servi usus* pertinet; ipse tantum opera atque ministerio eius uti potest: ad alium vero nullo modo ius suum transferre, ei concessum est. Idem scilicet iuris est et in *jumento.*

Noch gehört hierher *L.* 12. §. 4. *D. h. t.* *Equitii* quoque legato usu, videndum, ne et domare possit,

sit, et ad vehendum sub iugo uti? et si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum Circensibus his usurum: quia quasi locare eos videtur. Sed si testator sciens, eum huius esse instituti et vitae, reliquit, videtur etiam de hoc usu sensisse.

II. Die Sache trägt zwar Früchte, allein sie ist von der Art, daß sie ganz gebraucht werden kann, ohne die Früchte derselben zu percipiren. Z. B. es erhält Jemand den usus von Schaafen, Kühen, oder Mutterpferden. Hier tritt der Fall ein, wo der Unterschied zwischen usus und fructus vorzüglich wichtig ist. Der Usuar hat zwar das volle Gebrauchsrecht. Er kann das Vieh ad stercorandum, die Pferde zum Reiten und Ziehen gebrauchen, soviel er will; allein an den Jungen, an der Milch, so wie an der Wolle von den Schaafen hat er nach der ganz richtigen und consequenten Entscheidung des Labeo *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* keinen Theil, weil diese zu den Früchten gehören. Von dieser Meinung geht auch selbst Ulpian im allgemeinen gar nicht ab, sondern macht nur für den einzelnen Fall eines Legats eine Ausnahme, und zwar darum, weil ein letzter Wille nicht gar zu streng zu interpretiren sey. Blos aus diesem Grunde, sagt Ulpian, sey es billig, daß der Legatar auch nothdürftige Milch von den Schaafen percipiren dürfe. Gesetzt also es wird der usus einer Heerde durch eine Handlung unter den Lebendigen bestellt, so ist die Auslegung wider den Usuar zu machen, und er kann in diesem Falle auch nicht einmal auf das modicum lactis Anspruch machen [96]). Von den Jungen und

96) Es ist also ganz unrichtig, wenn Höpfner im Commentar §. 383. Nr. 4. sagt: „Wer usum eines oder mehrerer Stücke Vieh

und der Wolle hingegen erhält der Usuar nichts, es mag der usus constituirt seyn, wie er will. Denn der usus ist ohne alles dieses sehr gut möglich, und selbst eine benigna interpretatio darf nie zu weit gehen [97]) Daher sagt nun auch Justinian ganz der Meinung des Labeo gemäß §. 4. *I. h. t.* Sed et si pecorum, vel ovium usus legatus sit: neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius: *quia ea in fructu sunt.* Plane *ad stercorandum agrum suum* pecoribus uti potest.

III. Die Sache an sich kann zwar ohne Fruchtgenuß gebraucht werden, allein das Recht des Usus kann ohne Genuß der Früchte nicht vollkommen wirksam seyn, und ist mithin in der Bestimmung, unter welcher die Sache zum usus ertheilet worden, mit begriffen. Z. B. Es ist Jemandem der usus villae d. i. eines bewohnbaren Landguts vermacht. Hier ist voller Gebrauch der Sache, insofern er ohne den Fruchtgenuß möglich ist, hingegen ein auf die Bedürfnisse des Usuars eingeschränktes Recht auf die Früchte in dem Usus enthalten. Folgende Stelle aus Ulpian ist hier vorzüglich merkwürdig. *L.* 12. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Plenum autem usum debet habere, si et villae et praetorii ei relictus est. Venire plane proprietarium ad fructus percipiendos, magis dicendum est: et

Vieh hat, bekommt von der Milch und dem Dünger soviel, als er nöthig hat!" Wo steht das geschrieben?

97) Höpfner a. a. O. sagt: warum der Usuar von der Wolle und den Jungen nichts erhalte, davon weiß ich eine hinlängliche Raison nicht anzuführen". Konnte denn Labeo den Grund deutlicher ausdrücken, als wenn er sagt: *haec magis in fructu esse?*

et per tempora fructuum colligendorum etiam habitare illic posse, admittendum est. Praeter habitationem, quam habet, cui usus datus est; deambulandi quoque et gestandi ius habebit. *Sabinus* et *Cassius* et lignis ad usum quotidianum, et horto, et pomis, et oleribus, et floribus, et aqua usurum: non usque ad compendium, sed ad usum, scilicet non usque ad abusum. Idem *Nerva*: et adjicit, stramentis etiam usurum; sed neque foliis, neque oleo, neque frumento, neque frugibus usurum. Sed *Sabinus* et *Cassius* et *Labeo* et *Proculus* hoc amplius etiam ex his, quae in fundo nascuntur, *quod ad victum sibi, suisque sufficiat, sumturum*, et ex his, quae *Nerva* negavit. *Iuventius*, etiam cum convivis et hospitibus posse uti. Quae sententia mihi vera videtur: aliquo enim largius cum usuario agendum est *pro dignitate eius*, cui relictus est usus. Sed utetur is (ut puto) duntaxat in villa. Pomis autem et oleribus et floribus et lignis, videndum, utrum eodem loco utatur duntaxat, an etiam in oppidum ei deferri possint? Sed melius est accipere, et in oppidum ei deferenda: neque enim grave onus est horum, si abundent in fundo [98]).

Unvollständig ist diese Stelle in den Institutionen excerpirt, wo sie folgendermassen lautet.

§. 1. *I. h. t.* Minus autem iuris est in usu, quam in usufructu. Nam is, *qui fundi nudum habet usum*, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis,

98) Ueber diese Stelle vergleiche WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 749. not. 667.

mis, floribus, foeno, stramentis, et lignis *ad usum quotidianum* utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii ius, quod habet, aut locare aut vendere, aut gratis concedere potest, (cum is, qui usumfructum habet, possit haec omnia facere.)

IV. Die Sache ist eine solche, welche gar nicht ohne Früchte benutzt werden kann. Z. B. es ist der usus einer Wiese, oder eines Fischteiches eingeräumt worden. Hier darf zwar der Usuar von den Früchten Gebrauch machen, also die Wiese mähen, und in dem Teiche fischen lassen, weil sonst sein Recht ohne alle Wirkung und Nutzen seyn würde. Dies bringt auch die Auslegung der Verträge und Testamente mit sich, welche immer auf eine solche Art geschehen muß, daß das Rechtsgeschäft, wodurch die Servitut constituirt wurde, nicht unnütz sey [99]). Indessen darf er doch von den Früchten nicht mehr nehmen, als er gerade nach seinem Stand zu seiner und der Seinigen Nothdurft gebraucht. Ueberschreitet der Usuar die Gränzen der Bedürfnisse, so muß der Richter auf angebrachte Klage desjenigen, welchem die Ueberschreitung zum Nachtheil gereicht, nach Billigkeit und Umständen die Bestimmung festsetzen. Sollte er aber alle Früchte der Sache nothwendig brauchen, so darf er sie auch alle nehmen, eben so gut, als ob er den Nießbrauch hätte. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

99) *L. 80. D. de Verb. Obl. L. 21. D. de rebus dub.* S. Ios. AVERANIUS. Interpretat. iuris Lib. V. cap. 11. nr. 2 et 7.

L. 15. *D. h. t.* Fundi uſu legato, licebit uſuario et ex penu, quod in annum duntaxat ſufficiat, capere; licet mediocris praedii eo modo fructus conſumantur: quia et domo et ſervo ita uteretur, ut nihil alii fructuum nomine ſupereſſet [100]). Sicut is, cui uſus fundi legatus eſt, quominus dominus agri colendi cauſa ibi verſetur, prohibere non poteſt, alioquin et frui dominum prohibebit; ita nec heres quidquam facere debet, quominus is, cui uſus legatus eſt, utatur, ut bonus paterfamilias uti debet.

L. 22. §. 2. *D. eod.* Uſu legato, ſi plus uſus ſit legatarius, quam oportet, officio iudicis, qui iudicat, quemadmodum utatur, quid continetur? ne aliter, *quam debet* [1]), utatur.

Dies wäre nun alſo der Fall, wo der uſus bloß auf die Bedürfniſſe desjenigen, welchem derſelbe ertheilt worden

100) In den *Baſilic.* Lib. XVI. Tit. VIII. Conſt. 15. (Tom. II. pag. 294.) lauten die Worte ſo: *Εκ τῶν ἐν τῶ ἀγρῶ γινομένων κελλαρικῶν ὁ τήν χρῆσιν μόνην ἔχων τό πρός ἐνιαυτόν ἀρκοῦν ἀυτῶ λαμβανέι, ἐι καί πάντα δαπανῶνται. Καί τῷ δούλω γάρ καὶ τῷ οἴκῳ κέχρηται ὁ τὴν χρῆσιν μόνην ἔχων, ὥςε μὴ υπολειφθῆναι τὸν καρπὸν ἄλλῳ* i. e. *Qui nudum uſum habet, ex rebus penuariis, in fundo provenientibus, quod in annum ſufficiat, capit, licet omnia conſumantur: nam et domo et ſervo uſuarius ita utitur, ut fructus alii non ſuperſit.*

1) *Quam debet* iſt hier ſoviel, als: *quam neceſſe habet*, ſive, ne plus ſumat, quam praeciſe ipſi *ad neceſſitatem* opus ſit, wie *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. pag. 358. dieſe Stelle ganz richtig erklärt. Der Richter beſtimmt dieſes nach dem Stande, und den perſönlichen Verhältniſſen des Uſuars.

den, beschränkt ist. Aber auch diese Regel ist nicht ohne Ausnahmen. Zwey Fälle giebt es nämlich, wo der Usuar mit dem Usufructuar völlig gleiche Rechte hat.

1) Wenn der usus eines Waldes vermacht worden. Pomponius sagt von diesem Falle *L. 22. pr. D. h. t.* Divus *Hadrianus*, cum quibusdam *usus sylvae* legatus esset, statuit, *fructum quoque eis legatum videri*: quia, nisi liceret legatariis caedere sylvam, et vendere, *quemadmodum usufructuariis licet*, nihil habituri essent ex eo legato. Hier kann also der Usuar Holz fällen und verkaufen, wie der Usufructuar [2]).

2) Wenn der Gegenstand des usus eine fungible Sache ist, z. B. es ist der usus vom Gelde vermacht. Hier ent-

2) In den Basiliken Lib. XVI. Tit. 8. Constit. 22. T. II. pag. 295. heißt es: Ὁ τὴν χρῆσιν μόνην ἔχων τῆς ὕλης, καὶ χρῆσιν καρπῶν ἔχει, καὶ πιπράσκει τέμνων. ὡς ὁ τὴν χρῆσιν τῶν καρπῶν ἔχων. i. e. *Qui usum sylvae habet, et fructum habet, et sylvam caedit, ac vendit, quemadmodum fructuarius.* Viele erklären jedoch diese Stelle mit Accursius von einem solchen Falle, wo der Wald von dem Wohnorte des Usuars sehr entfernt liegt, und die Kosten, wenn der Usuar das Holz selbst fällen, und zu seiner Wohnung fahren lassen müßte, höher sich belaufen würden, als wenn er das Holz selbst kaufte. Aber auch hier dürfe der Usuar doch nur soviel Holz verkaufen, als er selbst gebrauchen würde, wenn der Wald näher läge. S. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. c. 24. §. *Hoc autem.* p. 519. *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. c. 5. p. 240. *Ulr.* HUBER Eunomia Rom. ad h. L. pag. 356. *Io.* VOET Comm. h. t. §. 3. und WESTPHAL §. 760. not. 683. Allein man sehe *Io.* D'AVEZAN servitut. libr. P. III. Cap. I. (bey MEERMAN Tom. IV. pag. 130.) und POTHIER Pandectae Iustinian. T. I. h. t. Nr. XVII. pag. 250.

hält der usus gleichfalls eben soviel, als der usufructus. Quae in usufructu pecuniae diximus, sagt Ulpian *L.* 5. §. 2. *D. de usufr. ear. rer. quae usu consum.* vel caeterarum rerum, quae sunt in abusu, eadem et in usu dicenda sunt. Nam *idem continere usum pecuniae et usumfructum*, et *Iulianus* scribit, et *Pomponius* lib. 8. de stipulationibus.

Nach dem allen wäre also der *Usus* diejenige persönliche Servitut, vermöge deren Jemand befugt ist, eine fremde Sache vollständig zu gebrauchen, und auch nach Beschaffenheit ihres Gegenstandes von den Früchten der Sache sich zuzueignen, soweit es die Wirksamkeit des Gebrauchsrechts erfordert, oder der Fruchtgenuß in der Bestimmung, unter welcher die Sache zum Gebrauch ertheilet worden, mit begriffen ist, ohne jedoch die Ausübung dieses Rechts auf Andere ganz übertragen zu dürfen.

§. 649.

Entstehung und Endigung des usus. Findet bey dieser Servitut ein Accrescenzrecht Statt?

Der Usus wird nun auf die nämliche Art errichtet, und geht auch eben so, wie der usufructus, verlohren. **Cajus** und **Justinian** sagen dieses einstimmig. Jener *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* Constituitur etiam nudus usus, id est, sine fructu; *qui et ipse iisdem modis constitui solet, quibus et usufructus;* und noch vollständiger *L.* 3. §. 3. *D. de usufr.* Quibus autem modis usufructus et constitit, et finitur, *iisdem modis etiam nudus usus solet et constitui, et finiri.* Dieser *Princ. I. eod.* Iisdem illis modis, quibus usufructus constituitur, *etiam nudus usus constitui solet,* iis-

iisdemque illis modis finitur, quibus et ususfructus definit.

Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß der usus einer und derselben Sache, eben so wie der ususfructus, mehreren Personen vermacht werden könne, wenn gleich Johann Brunnemann [3]) und Paul Busius [4]) das Gegentheil behaupten. Nicht nur Pomponius sagt es, wie wir aus Ulpians Relation *L.* 14. §. 2. *D. h. t.* wissen, wo es heißt: Idem ait, et si tibi usus, mihi fructus legetur, *concurrere nos in usu*, me solum fructum habiturum; sondern Paulus setzt dies vollends außer allem Zweifel, wenn er *L.* 10. §. 1. *D. Communi divid.* den Fall entscheidet: Si *usus* tantum *noster* sit, qui neque venire, neque locari potest, quemadmodum divisio fieri potest in communi dividundo iudicio, videamus? Sed Praetor interveniet, et rem emendabit; ut, *si iudex alteri usum adjudicaverit*, non videatur *alter*, qui mercedem accepit, *non uti;* quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit. Paulus redet hier von der Theilungsklage, welche ein Usuar gegen den andern angestellet hat. Konnte hiervon die Frage seyn, wenn es nicht an sich gewiß wäre, daß zwey Personen den usus einer und derselben Sache haben können? Ich übergehe die schon im vorigen §. aus *L.* 22. *pr. D. h. t.* angeführte Stelle, vo von dem Falle die Rede ist, da mehreren Personen der usus sylvae vermacht worden.

3) Commentar. ad L. 19. D. de usu et habitat.

4) Commentar. ad Pand. ad L. 5. D. de usufr. pag. 304.

Ist nun mehreren Personen der usus einer Sache vermacht, so ist deswegen der usus nicht unter diese mehreren getheilt, sondern ein jeder hat einen ganz ungetheilten usus, wenn gleich dieser ganze usus eines jeden nur auf einem jeden, entweder getheilten, oder ungetheilten, Theil der usuarischen Sache haftet. Denn Theile des usus können die Legatare nicht haben, weil *L.* 19. *D. h. t.* ausdrücklich sagt: Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus; *uti pro parte non possumus* 5). Sehr gründlich erklärt sich hierüber Oswald Hilliger[6]), wenn er sagt: *Quodsi res plurium usui sufficiat, eiusdem solidus usus singulis competere potest. E. gr. sylvae amplae ac copiosae usus tribus legatus est. Hic legatarii non habent tres partes divisas vel indivisas unius usus, sed pro se quisque usum solidum ac distinctum, in quo alia differentia usus ab usufructu. Usus plures unius rei esse possunt, quia nihil impedit, quemque exempli gratia tantum arborum caedere, quanto indigeat ad necessitatem. Usufructus ne sit nisi unus, Lex naturae efficit, cum pugnantiam involvat; plures in solidum frui, id est, quemque omnem fructum et utilitatem percipere.* Hiermit stimmt auch Franz Connanus[7]) überein, wenn er sagt: *Potest pluribus eiusdem rei usus competere,*

5) In den Scholien der Basiliken wird zu *L. 19. D. cit.* Tom. II. pag. 300. not. i. die sehr richtige Bemerkung gemacht: Κἂν γὰρ δύο τισὶ ψιλὴ ληγατεύεται χρῆσις, ἀλλ' ὅμως εἷς ἕκαστος κατὰ τὸν ὁλόκληρον δοκεῖ ἔχειν τὴν ψιλὴν χρῆσιν. i. e. *Licet enim nudus usus duobus legatus sit, tamen unusquisque nudum usum in solidum habere videtur.*

6) In Donello enucleat. Lib. X. cap. 24. *a.*

7) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 5. pag. 236. in fin.

tere, et quidem solidus, usumfructum autem duo habere integrum eiusdem rei non possunt, divisum possunt. Daß ein Usuar nicht den ganzen Ertrag der Sache beziehen kann, wenn er einen andern Usuar neben sich hat, ist zwar nicht zu läugnen; allein dies beweißt nur soviel, daß er nicht die ganze Nutznießung, nicht aber, daß er nicht den ganzen usus habe. Ich kann den usus auf einem Theile einer Sache haben, und dennoch ist dieser usus ein ganzer usus, und nicht ein bloßer Theil desselben. Mit Recht sagt **Joseph Averanius**: [8]) *Si utor fundo, vel alia re, utique utor in solidum, usus enim dividi non potest. Verum tamen legari potest servitus usus pro parte fundi divisa, quia pars illa, quantacumque sit, fundus est. Nam quaelibet fundi portio fundus dici potest. L. 60. D. de V. S. Possum igitur uti portione illa in solidum, et non dividitur servitus pro parte, quia tota servitus in illa portione consistit, hoc est, in illo fundo, qui a reliqua parte divisus est.* Mit Unrecht giebt **Westphal** [9]) dem **Anton Faber** Schuld, daß er das Gegentheil behauptet habe. **Faber** [10]) sagt ausdrücklich: *Usum individuum esse, et consequenter nullam eius partem legari posse, certum est. In eoque maxime differt usus ab usufructu. — Nec quod plures possint in usu concurrere, dividuum facere usum potest, non magis, quam si qua alia servitus praedialis duobus legata sit. Singuli enim utentur tota servitute in solidum, quasi re ipsa, quae servitutem debet, in solidum affecta.* Sollte die Sache nicht so beschaffen seyn, daß mehrere Personen, denen der usus dar-

an

8) Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 24. n. 9.

9) De libert. et servitut. praed. §. 766. not. 689.

10) Rational. in L. 19. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 169.

an vermacht worden ist, auch nur ihre Nothdurft davon bestreiten könnten, so läßt sich selbst für diesen Fall keine Ausnahme machen, sondern Westphal [11]) sagt ganz recht: *Si utilitates singulorum necessitati non sufficiant, tum forsan singulis pro rata decrescet, sed ideo non habent usus partem.* Hieraus ergiebt sich nun aber auch von selbst, daß in dem Falle, da einer von beyden Usuaren abgeht, der andere nicht einen Theil des Usus, sondern den ganzen usus erhält. Es lehrt dies theils die Natur der Sache. Denn wenn der abgehende Usuar einen ganzen Usus, und nicht bloß einen Theil desselben hatte, und der andere Usuar nichts anders, als diesen nämlichen usus erhält, so muß er nothwendig einen ganzen usus, und nicht blos einen Theil desselben erhalten. Theils giebt uns das Römische Recht selbst hierüber ein sehr einleuchtendes Argument. In der bereits oben aus Paulus angeführten Stelle *L.* 10. §. 1. *D. Commun. divid.* wird nämlich gesagt: ein Richter könne, wenn von zwey Usuaren, denen der usus der nämlichen Sache vermacht worden ist, einer gegen den andern die Theilungsklage anstellt, dem einen den usus der ganzen Sache allein zusprechen, dem andern hingegen, als Aequivalent des ihm von dem Erblasser zugedachten usus, eine gewisse ihm von dem andern auszuzahlende Summe zuerkennen. Wie hätte Paulus eine solche Entscheidung zulassen können, eben derjenige Paulus, der uns den Satz lehrte, frui quidem pro parte nos posse, *uti pro parte non posse*; wenn derjenige, dem der Richter den usus des andern Usuars zuerkannte, einen bloßen Theil und nicht den ganzen Usus erhielte? Man wird sich also hieraus gar leicht überzeugen, daß

11) Cit. loc. pag. 515.

daß das Anwachsungsrecht mit dem usus in keinem Widerspruche stehe, sondern sich mit demselben sehr wohl vertrage, wie **Ludw. Fried. Griesinger** [12]) ganz einleuchtend dargethan hat. Die meisten Rechtsgelehrten [13]) sind zwar freylich anderer Meinung. Allein sie gehen, wie mir dünkt, von einem ganz unrichtigen Satz aus, nämlich der usus sey auf die bloße Nothdurft einer Person eingeschränkt, und könne sich nie über diese hinaus erstrecken. Man glaubt also, wenn das Accrescenzrecht Statt hätte, so würde der Usuar mehr erhalten, als seine Nothdurft erfordert. Wie offenbar unrichtig aber diese Hypothese sey, ist bereits in dem vorhergehenden §. hinlänglich gezeigt worden. Nun giebt es zwar unläugbar Fälle, wo der usus wirklich auf die bloße Nothdurft des Usuars eingeschränkt ist. Allein selbst diese Fälle heben das Accrescenzrecht nicht auf. Denn es würde doch wenigstens insofern immer noch Statt haben, als der Collegatar, welcher an des wegfallenden Stelle treten will, noch nicht soviel hat, als er nach dem Zwecke seines

12) Theor. Beweis, daß das Anwachsungsrecht bey der Personaldienstbarkeit des Usus Statt finden könne. Stuttgart 1794. 8.

13) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 24. pag. 519. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 28. §. 2. in fin. *Ger.* NOODT Commentar. in Dig. h. t. §. *A superiore.* *Operum* T. II. pag. 209. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. Tit. de legatis §. 27. pag. 296. *Greg.* MAJANSIUS Disputat. iuris civ. Tom. II. Disput. XXXVIII. §. 42. *Io. Henr.* de BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. §. 20. not. 4. WESTPHAL §. 854. RIFFÉ-CAUBRAY et *I. B.* DELAPORTE dans les Pandectes francaises. Tom. IX. (*Paris 1805.* 8.) pag. 242. *Mich. God.* WERNHER Lectissim. Commentat. in Pand. P. I. Lib. VII. Tit. 2. u. a. m.

seines Rechts verlangen kann, wie auch Thibaut[14]) ganz richtig bemerkt hat. Man unterscheide also folgende Fälle. Der Usus ist entweder gar nicht auf die Nothdurft des Usuars beschränkt, wie bey dem usus aedium, ferner bey dem usus armenti boum, auch bey dem usus sylvae; und dann hat unbedingt das Anwachsungsrecht bey dem Usus, wie bey dem Ususfructus, Statt, so oft sich der Fall ereignet, daß von mehreren, denen der usus derselben Sache vermacht worden ist, der eine auf irgend eine Art wegfällt. Oder der Usus schränkt sich auf die nothwendige Bedürfniß des Usuars ein, wie z. B. bey dem usus villae, oder eines andern fruchttragenden Grundstücks; und dann muß freylich die Nothdurft des Usuars der Maaßstab seyn, wonach man bestimmen muß, ob und wieweit das Anwachsungsrecht bey dem Usus Statt finde. Wenn daher mehreren der usus eines sehr einträglichen Grundstücks wäre vermacht worden, so daß jeder seine Nothdurft hinlänglich daraus bestreiten kann, und also, der Concurrenz ungeachtet, keiner dem andern in seinem Usus Abbruch thut, so kann hier freylich, wenn einer von beyden Usuaren wegfällt, das ius accrescendi nicht Statt finden, denn es würde hier der Natur des Usus entgegen streiten. Wäre hingegen zwey Personen der Usus eines nicht so beträchtlichen Grundstücks vermacht worden, so daß jeder die ganze Sache zu seiner Nothdurft gebrauchen könnte, so würde ohne Zweifel, nach dem Abgang des einen Usuars, das Anwachsungsrecht eintreten. Dies ist auch dem muthmaßlichen Willen des Erblassers gemäß, worauf der Grund alles Anwachsungsrechtes bey Vermächtnissen beruhet. Man kann daher mit

voll-

14) System des Pandectenrechts 2. B. §. 845. a. E.

vollkommenen Grund behaupten, daß das Anwachsungsrecht auch noch nach dem Realconcurs des einen oder andern Usuars Statt finde, d. i. wenn auch der wegfallende Usuar den Usus seiner Seits schon erworben hatte, wie Griesinger [15]) ganz richtig behauptet. Denn der Grund ist hier der nämliche, wie beym vermachten Nießbrauch. Beyde sind persönliche Dienstbarkeiten, die nicht auf die Erben übergehen.

Noch ist zu bemerken, daß in dem Falle, da der usus einer Sache blos auf die Bedürfnisse des Usuars eingeschränkt ist, der Proprietar an den Früchten, die der Usuar zu seiner Nothdurft nicht gebraucht, einem Dritten den usus fructus geben könne. Hier behält also der Usuar, was er nöthig hat, das Uebrige muß er dem Usufructuar überlassen, welchem insoweit auch der usus zu gestatten ist, als es der ihm gebührende Fruchtgenuß nothwendig macht [16]). Es fragt sich aber, ob der Usuar das, was er sich zu seiner Nothdurft an Früchten zurück behalten hatte, nach seinem Tode auf seine Erben transmittire? Franz Connanus [17]) entscheidet diese Frage verneinend, und setzt hierin einen besondern Unterschied zwischen dem Usus und Usufructus. Er sagt: *In hoc quoque usum ab usufructu differre, quod moriens fructuarius fructus collectos nondum absumtos aut dissipatos transmittat ad heredes, usuarius vero non: desiit enim posse uti, et quidquid superest aut percipiendorum aut perceptorum fructuum, ad dominum prie-*

15) In der angef. Abhandlung §. 38.

16) *L. 42. pr. D. de usufr.*

17) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 5. pag. 239.

prietatis redit. Ihm stimmt auch Herrmann Vultejus [18]) bey. Da hier von einem solchem Falle die Rede ist, wo der usus sich bloß auf die Bedürfnisse des Usuars beschränkt, so läßt sich diese Meinung damit vollkommen rechtfertigen, wenn Ulpian sagt *L.* 12. §. 1. *D. h. t.* der Usuar könne sich in einem solchen Falle nur soviel von den Früchten zueignen, als er *ad usum quotidianum* nöthig hat, *non usque ad compendium*, d. i. ut lucrum et quaestum inde faciat [19]).

§. 650.

Pflichten des Usuars.

In Absicht auf das Verhältniß, in welchem der Usuar zum Proprietar steht, ist zwischen ihm und dem Usufructuar kein Unterschied. Denn der Usuar hat in Ansehung der Behandlung der Sache mit dem Usufructuar gleiche Verbindlichkeiten [20]). Er muß daher auch auf eben die Art, wie der Usufructuar, Caution leisten [21]). Dagegen darf aber auch der Proprietar nichts mit oder auf der Sache vornehmen, wodurch der Usuar in der rechtmäßigen Ausübung seines Gebrauchsrechtes gehindert wird [22]). Er muß daher die Gestalt der Sache lassen, wie sie ist. Selbst die Ver-

18) Commentar. in Institut. iur. civ. h. t. nr. 7.

19) S. WESTPHAL §. 749. not. 667.

20) *L. 15. in fin. D. h. t.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 25. §. penult. pag. 522.

21) *L. 5. §. 1. L. 11. D. Usufruct. quemadm. caveat.* S. WESTPHAL §. 764.

22) *L. 15. §. 1. D. h. t.*

Verbesserung der Sache, wenn sie auch dem Proprietar vielleicht Vortheile gewährt, kann doch, wie Paulus [23]) bemerkt, für den Usuar mit Nachtheil verknüpft seyn.

Die auf der re usuaria haftende Lasten trägt der Usuar nur nach dem Verhältniß der Vortheile, die er von der Sache zieht [24]). Also zuweilen ganz allein, wenn er allen Nutzen allein hat, zuweilen aber gemeinschaftlich mit dem Proprietar, wenn letzter an dem Nutzen der Sache Antheil nimmt [25]). Eben so sollte es auch mit den Reparaturkosten gehalten werden, wenn der usus eines Hauses vermacht worden ist. Allein nach Paulus Entscheidung *L* 18. *D. h. t.* muß sie der Proprietar tragen, wenn er den fructus hat, und der Usuar ist sie nur dann zu übernehmen schuldig, wenn die res usuaria von der Art ist, daß für den Proprietar gar kein fructus übrig bleibt. Dies ist der Sinn der Worte, welche so lauten: Si *domus* usus legatus sit *sine fructu*, communis refectio est rei in sartis tectis, tam heredis, quam usuarii. Videamus tamen, ne, *si fructum heres accipiat*, ipse reficere debeat. Si vero talis sit res, cuius usus relegatus est, *ut heres fructum percipere non possit*, legatarius reficere cogendus est; quae distinctio rationem habet. Pothier [26]) will zwar die Worte *ipse reficere debeat*, so verstehen, als ob der Erbe, als Proprietar, die Reparaturkosten nur pro rata fructuum trage. Allein

23) *L. fin. D. h. t.*

24) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1133.

25) *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 25. §. fin. pag. 522.

26) Pandectae Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. IV. not. b. pag. 249.

Allein diese Erklärung ist dem wahren Sinn des Gesetzes nicht gemäß. Richtiger sagt vielmehr Anton Faber[27]): *Nullo casu refectionis onus erit commune, sed vel ad heredem solum pertinebit, si fructum aliquem ex aedibus percipiat, vel ad solum usuarium, si extra usum nullus aedium fructus erit. — Possumus igitur concludere, usuarium, quatenus usuarius est, nunquam teneri ad habenda sarta tecta, sed semper quatenus fructuarius est, et impedit, ne quis alius ex re usuaria fructum ullum percipere aut sperare possit.* Diese Erklärung bestärken auch vorzüglich die Basiliken[28]), in welchen es heißt: Εἰ μὲν περιττεύει καρπός ἐκ τῆς οἰκίας ἧς μόνην χρῆσιν ἔχω, ὁ κληρονόμος λαμβάνων αὐτὸν, ποιεῖ τὰ ἀνακέραμα. εἰ δὲ μὴ, ὁ χρῆσιν μόνην ἔχων. i. e. *Si ex aedibus, quarum usum habeo, fructus supersit, eumque heres accipiat, sarta tecta tueri debet: si vero non, usuarius.*

Noch ist zu bemerken, daß der Grundsatz: der Usuar darf sein Recht an keinen andern ganz abtreten, in seiner Anwendung zuweilen eine Ausnahme leide. Als Beyspiel kann dienen, wenn der usus einer unbeweglichen Sache einem Abwesenden, oder einem solchen vermacht worden ist, der nach seinem Stande, und in seiner Lage schlechterdings auf andere Art keinen Nutzen von diesem Legat haben kann, als daß er die res usuaria vermiethet, oder verpachtet. Hier hat der Usuar das Recht, den Usus der legirten Sache einem Andern

27) Rational. in Pand. ad L. 18. h. t. Tom. II. P. II. pag. 169. Man sehe auch VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 5. VINNIUS Commentar. ad Rubr. Tit. Instit. de usu et habitat. in fin. WESTPHAL §. 763. u. Les Pandect. francais. par DELAPORTE. T. V. pag. 340.

28) Tom. II. Lib. XVI. Tit. 8. Const. 18. pag. 294.

dern ganz zu übertragen, weil sonst das Legat unnütz wäre [29]). Franz Connanus [30]) giebt folgendes Beyspiel. *Quid si usus aedium fullonicarum legatus homini claro, et in honore, atque divitiis posito? non dubitandum arbitror, quin locari eas possit; neque ea spe testatorem aut animo fuisse, ut vellet ipsummet legatarium habitare. Nec id novum videri debet, quum ista omnia ex testantis aut contrahentium voluntate constituantur.*

§. 651.

Habitatio oder *ususfructus* s. *usus aedium habitandi causa.*

Die letzte Personalservitut ist die habitatio, Οἴκησις [31]). Man versteht darunter das dingliche Recht, ein fremdes Haus, der Substanz desselben unbeschadet, als

29) *L. 12. §. 4. D. h. t.*

30) Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 5. pag. 240. in fin.

31) THEOPHILUS in Paraphr. gr. Institut. h. t. §. 5. hat das Wort ἀβιτατίων. So muß auch wohl in den Glossis verbor. iuris Basilicor. statt ἀδατατίων gelesen werden, wie schon *Car.* LABBAEUS emendirt hat, (bey *Ev.* OTTO in *Thes. iur. Rom.* T. III. pag. 1706.) Die Worte τὸ οἰκεῖον δῶρον, die in den gedachten Glossis Nomicis noch beygefügt sind, scheinen ebenfalls fehlerhaft zu seyn. Denn was soll das donum domesticum heißen? Labbäus emendirt daher so: τὸ οἰκεῖν δίκαιον. Allein *Io.* STRAUCH in Exercit. V. ad L. Decision. Iustin. Cap. V. nr. 12. zeigt, daß man die Worte τὸ δῶρον beybehalten könne, wenn man τῷ οἰκεῖν δῶρον liefet. Denn so ist es auch der *L. 9. pr. D. de donat.* gemäß. LYNCKER in Diss. de iure habitationis Sect. I. §. 6. sucht jedoch die alte Leseart ohne Aenderung zu vertheidigen.

als Wohnung zu benutzen [32]). Die alten Römischen Rechtsgelehrten waren darüber nicht einig, ob der Legatar, dem die Habitation vermacht worden, hierdurch ein dem usus, oder dem ususfructus ähnliches Recht, oder ein von beyden verschiedenes eigenes Recht, welches seine besondere Natur und Beschaffenheit hat, oder wohl gar das Eigenthum des Wohnhauses erhalte [33]). Die Sabinianer hielten das Vermächtniß der Habitation für eine Art von usus. Es läßt sich dieses aus verschiedenen Stellen des Pomponius und Ulpians schließen, welche aus ihren *libris ad Sabinum* in die Pandecten sind aufgenommen worden. Jener sagt *L.* 32. *D. de usufr.* Habitationis exceptione, sive temporali, sive ad mortem eius, qui excepit, *usus* videtur exceptus. Letzter *L.* 10. *pr. D. h. t.* Si *habitatio* legetur, an perinde sit, atque si usus, quaeritur? *et effectu quidem idem pene esse legatum usus et habitationis*, et *Papinianus consensit libro* 18 *Quaestionum*. Die Proculianer hingegen glaubten, daß der Umfang der Rechte desjenigen, dem die Habitation vermacht worden ist, nach der ausgedehntern Peripheri des Usus-fru-

32) S. *Nic. Christ.* LYNCKER Diss. de iure habitationis. *Giessae* 1673. und *Greg.* MAJANSII Disp. de habitatione. (in EIUS *Disputationib. iur. civ.* Tom. I. Disputat. XVIII. p. 326. sqq.) *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iuris controversi, an habitatio sit servitus iuris civilis. *Lipsiae* 1774. und Gmelin von der eigentlichen Beschaffenheit der Habitation nach dem Röm. Rechtssystem. (in den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Band Nr. VII. S. 78. ff.

33) S. *Gotfr.* MASCOVIUS de sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 3. et 4.

fructus abgemessen werden müsse. Daher behauptete **Marcellus**, der, wie **Emund Merillius** [34]) bewiesen hat, zu dieser Secte gehörte, daß die Habitation, eben so, wie der Ususfructus, vermiethet werden könne. **Justinian** gedenkt dieser Meinung §. 5. *I. h. t.* in den Worten: quamquam [35]) habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum *Marcelli* sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus, non solum in ea degere, *sed etiam aliis locare.* Diejenigen hingegen, welche den Habitator mit dem Usuar in eine Parallele stellten, sprachen ihm das Recht der Location ab. Eine dritte, von beyden ganz verschiedene Meinung, vertheidigten **Priscus Javolenus**, und **Neratius Priscus**. Diese hielten die Habitation weder für einen usus noch ususfructus, sondern für eine von beyden ganz verschiedene dritte Servitut. **Ulpian**, der ihr seinen Beyfall giebt, gedenkt dieser Meinung *L.* 10. §. 2. *D. h. t.* wo er sagt: Si sic relictus sit illi domus ususfructus habitandi causa: utrum habitationem solam, an vero et usumfructum habeat, videndum. Et *Priscus* et *Neratius* putant, *solam habitationem legatam.* Quod est verum. In einigen Fällen, wo sich die Testirer nicht deutlich genug ausgedruckt hatten, entstand sogar Zweifel, ob nicht derjenige, dem die Habitation vermacht worden, das Eigenthum des Wohnhauses selbst

34) Observation. Lib. I. cap. 28.

35) So lesen Haloander, Charondas und de Tortis. Allein die Leseart: *quam* habitationem, welche Cujaz, Hugo a Porta, und Baudoza haben, scheint besser und natürlicher zu seyn.

selbst verlangen könne [36])? Dergleichen Streitigkeiten waren um so unvermeidlicher, da die Gesetze das Wesen der Habitation unbestimmt gelassen hatten, und daher die Rechtsgelehrten in solchen Fällen vorzüglich zu Rathe gezogen werden mußten. Nun hatte der Legatar wenigstens den Sprachgebrauch für sich, nach welchem das Wort habitatio auch für Wohnhaus genommen wurde [37]). Alle jene Zwistigkeiten, welche unter den ältern Rechtsgelehrten über die Beschaffenheit der Habitation entstanden waren, hat endlich **Justinian** in einer Verordnung beygelegt, die eine von den funfzig Decisionen ist, wodurch dieser Kaiser solche alte Rechtscontroversen entschieden hat. Es ist die *L. 13. Cod. de Usufructu et habitat.* welche folgendermaßen lautet. Cum antiquitas dubitabat, *usufructu habitationis* legato, et primo quidem, cui similis esset, utrumne usui, vel usuifructui, an neutri eorum; sed ius proprium, et specialem naturam sortita esset habitatio; postea autem, si posset is, cui habitatio legata esset, eandem locare, vel dominium sibi vindicare: auctorum iurgium decidentes, compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus. Et siquidem *habitationem* quis reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est, et dare legatario etiam locationis licentiam. Quid enim distat, sive ipse legatarius maneat, sive alii cedat, ut mercedem accipiat? Et multo magis, si *habitationis usumfructum* reliquerit: cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur, etiam no-

36) Man sehe nur die Formeln von Vermächtnissen bey BRISSONIUS de formulis et solemnib. Pop. Rom. verbis Lib. VII. Nr. 92.

37) *L. 20. §. 2. D. de instructu vel instrum. leg.*

nomine ususfructus addito. In tantum etenim valere *habitationem* volumus, *ut non antecellat usumfructum*: nec *dominium habitationis* speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius [38]) possit ostendere, et dominium eius domus sibi esse relictum: tunc etenim voluntati testatoris per omnia obediendum est. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus locis [39]), quibus habitatio constitui potest.

§. 652.

Eigentliche Beschaffenheit der Habitation; Unterschied derselben vom *usus* und *ususfructus aedium*. Anfang und Ende derselben.

Nach dieser Decision des Kaisers **Justinian** macht nun also die Habitation eine eigne vom usus und ususfructus aedium ganz verschiedene persönliche Servitut aus, und es ist jetzt völlig einerley, es mag die Habitation schlechthin, oder der ususfructus oder usus eines Hauses vermacht seyn, wenn nur dabey gesagt ist; daß das Recht bloß

38) Die Worte *ipse legatarius* fehlen in einigen Ausgaben, z. E. in der des Baudoza und Hugo a Porta.

39) Statt *in omnibus locis*, haben einige Codd. Mss. *omnibus modis*. So will auch Accursius gelesen wissen. Diese Leseart ist aber offenbar irrig. Justinian will sagen: seine Decision sey anwendbar ohne Unterschied des Orts, wo das Haus liegt, woran das Recht auf Wohnung vermacht worden ist. Es liege in der Stadt oder auf dem Lande. *L. 5. §. 3. D. de iniur. L. 1. §. 2. D. de agnosc. et alend. liber.* S. Io. STRAUCH ad L. Decisiones Iustin. Exercitat. V. Cap. 5. nr. 34. und *Em.* MERILLIUS in Expositionib. in L. Decision. Iustin. Nr. XVI. *Operum* P. II. pag. 52.

bloß zur Wohnung (*habitandi causa*) constituirt worden sey. Denn schon **Priscus Javolenus** und **Neratius Priscus**, denen auch **Ulpian** beytrat, hielten den usumfructum domus, *habitandi causa* relictum, für eine bloße Habitation; und das nämliche behauptete **Ulpian** auch, wenn usus aedium habitandi causa wäre vermacht worden [40]). Nun hat **Justinian** diese Meinung in seiner Dec n sanctionirt [41]). Mit Recht konnte daher **Justinian** §. 5. *I. h. t.* sagen: Si cui *habitatio* legata, sive aliquo modo constituta sit: neque *usus* videtur, neque *ususfructus*, sed *quasi proprium aliquod ius.* Die Habitation unterscheidet sich nämlich 1) vom usus aedium, welcher schlechthin, und ohne dem Beysatz: habitandi causa constituirt worden ist, darin, daß der Habitator die Ausübung seines Rechts auch einem Andern überlassen kann, ohne

40) *L. 10. §. 2. D. h. t. in fin.* heißt es: Plane si dixisset testator: *usum habitandi causa:* non dubitaremus, quin valeret.

41) In den Basiliken Lib. XVI. Tit. VIII. Constit. 36. findet man hierüber einen wichtigen Bestärkungsgrund. Hier ist der Sinn der *L. 13. C. de Usufructu* auf folgende Art ausgedrückt: Η χρῆσις τῆς οἰκήσεως, οὔτε χρῆσις ἁπλή ἐςιν, οὔτε χρῆσις καρπῶν, ἀλλ' ἰδιάζον δίκαιον. Ὁ δὲ ἔχων χρῆσιν οἰκήσεως, δύναται αὐτὴν μισθοῦν ἑτέρῳ τινί. πολλῷ δὲ πλέον ἐὰν οἰκήσεως χρῆσις ἐληγατεύθη διὰ τὴν ἰδικὴν τῆς χρήσεως μνήμην, δύναται μισθοῦν: das heißt nach der lateinischen Version des Fabrotus Tom. II. pag. 298. *Ususfructus habitationis nec usus simplex est, nec ususfructus, sed ius proprium. Qui autem habitationis usum habet, eam alii locare potest: et multo magis, si habitationis ususfructus relictus sit, propter specialem ususfructus mentionem, locare potest.*

ohne selbst im Hause zu wohnen, und zwar kann die Ueberlassung nicht nur pachtweise, sondern auch unentgeldlich geschehen. Zwar redet Justinian in seiner Constitution ausdrücklich nur von dem Rechte die Habitation an einen Andern zu verpachten, und in der oben angeführten Stelle der Institutionen wird gesagt, daß Justinian dieses Recht dem Habitator nach der Meinung des Marcellus verwilliget habe. Daraus wollen denn nun mehrere Rechtsgelehrten [42]) den Schluß machen, daß die Habitation zwar verpachtet, aber nicht unentgeldlich an einen Andern überlassen werden könne. Sie berufen sich überdem noch auf *L.* 10. *pr. D. h. t.* wo gesagt wird: Denique *donare non poterit*, sed eas personas recipiet, quas et *usuarius*. Allein es leuchtet in die Augen, daß eine Stelle, welche sich auf die Meinung derjenigen ältern Rechtsgelehrten gründet, die das Recht des Habitators für eine Art von usus hielten, nun nicht mehr zur Entscheidung dienen könne, nachdem Justinian in seiner angeführten Decision ausdrücklich erklärt hat, daß die Habitation kein usus, sondern ein von demselben ganz verschiedenes eigenes Recht sey. Könnten dergleichen Stellen in den Pandecten noch etwas beweisen, so würde ich mit eben dem Rechte mich auf die *L.* 1. §. 1. *D. Commodati* berufen können, wo am Ende gesagt wird: *Vivianus* etiam *habitationem commodari posse* ait. Ich trage daher kein Bedenken, die Meinung

 des

42) *Franc.* RAGUELLUS in Commentar ad Constitutiones et Decisiones Iustiniani. Lib. III. ad L. 13. C. de usufr. pag. 178. VOET in Comm. h. t. §. 6. LYNCKER Diss. de iure habitationis Sect. VII. Membr. I. §. 4. et 5. DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY dans les Pandectes francais. Tom. V. pag. 239. u. a. m.

des Emund Merillius [43]) zu unterschreiben, welcher sich hierüber sehr gründlich auf folgende Art erklärt hat. *Nec vero dubito*, sagt er, *quin ex hac constitutione is, cui habitatio legata est, eam donare possit. Atque Iustinianus permisit tantum locare, non donare; immo locare permisit mercede accepta: cur non donare, vel gratis concedere, mercede non accepta? Qui putabant, habitationem donari non posse, illi ad usum putabant accedere, L. 10. D. de usu et habit. At hic Iustinianus vult, tantum habitationem valere, ut non antecellat usumfructum: id est, ut non plus, sed tantundem iuris habeat habitatio legata, ac si ususfructus legatus esset. Veluti igitur ususfructus donari, et gratis concedi potest. L. 12. §. 2. D. de usufr. ita et habitatio quoque hodie donari, gratisve concedi poterit.* Wer hingegen den usus eines Hauses ohne Bestimmung der Habitation hat, kann zwar zur Noth einen Miethmann zu sich nehmen. Allein das Haus an Andere zu vermiethen, ohne selbst darin zu wohnen, oder einem Andern den Gebrauch desselben unentgeldlich zu gestatten, ohne selbst auch einen Antheil daran zu behalten, ist ihm nicht erlaubt [44]). 2) Vom ususfructus aedium ist die Habitation darin unterschieden, daß der Habitator das Haus nur zur Bewohnung gebrauchen, und

43) Exposition. in L. Decision. Iustin. Nr. XV. pag. 48. Eben dieser Meinung sind auch *Ulr.* HUBER Praelect. ad Institut. h. t. §. 6. *Arn.* VINNIUS in Commentar. ad §. 5. I. h. t. nr. 2. *Greg.* MAJANSIUS Diss. cit. de habitatione §. 11. in EIUS disputationib. iuris civ. Tom. I. pag. 331. und WESTPHAL §. 767. not. 691. pag. 517.

44) *§. 2. I. h. t. L. 8. D. eod.*

und auch nur zu diesem Zweck an andere überlassen kann[45]); dahingegen der ususfructus jede Benutzungsart des Hauses in sich begreift, die nur immer, salva substantia, auf eine erlaubte Art geschehen kann. Unrichtig ist es jedoch, wenn einige Rechtsgelehrten[46]) das Recht des Habitators bloß auf diejenigen Theile des Hauses beschränken wollen, die zur Wohnung im strengsten Verstande bestimmt sind, und daher ihn von dem Gebrauche der Keller und Böden ausschließen. Es erstreckt sich vielmehr das Habitationsrecht unstreitig auch auf solche Theile des Hauses, die zwar nicht persönlich bewohnt, aber doch zur Haushaltung gebraucht werden[47]).

Uebrigens entsteht zwar die Habitation, und geht auf eben die Art verlohren, wie der ususfructus; nur darin ist wieder ein wichtiger Unterschied zwischen beyden Servituten, daß die Habitation weder durch non usus, noch durch capitis deminutio erlischt. **Ulpian** sagt *L.* 10. *pr. D. h. t.* Nec *non utendo* amittitur, nec *capitis deminutione;* und **Herennius Modestinus** giebt *L.* 10. *D. de capite minutis* zum Grunde an: *quia legatum habitationis in facto potius, quam in iure consistit.* Diese Worte werden von den Auslegern auf verschiedene Art erklärt. Die meisten[48]) stimmen darin überein, daß den Worten des Modestins

45) LYNCKER cit. Diss. Sect. VII. membr. I. §. 2.

46) *Greg.* MAJANSIUS cit. Diss. §. 6. und WESTPHAL §. 767.

47) S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 385.

48) Vergl. *Ger.* NOODT de pactis et transact. Cap. VIII. Operum Tom. I. pag. 501. und in Commentar. ad Pandect. h. t. Tom. II. pag.

destins der Sinn beyzulegen sey, nämlich, die Habitation sey kein solches Recht, welches, wie der usufructus und usus, eine bestimmte Form durch die Gesetze erhalten habe; sie sey vielmehr ein blos natürliches Recht, und die Gesetze hätten sie nicht für eine servitus iuris civilis anerkannt. Daher gedenke **Marcian** *L. 1. D. de Servitut.* auch nur des usus und ususfructus bey Anführung der persönlichen Servituten ausdrücklich. Eben deswegen, weil die Habitation nicht durch die Gesetze anerkannt, und in eine bestimmte Form gebracht worden, sondern gleichsam nur ein Resultat von Verträgen und letzten Willen sey, lasse sich's nun auch erklären, wie die oben angeführten mancherley Meinungen unter den ältern Römischen Rechtsgelehrten über das Wesen derselben entstanden wären, weil dieses blos aus den vorliegenden Verträgen und letzten Willen habe bestimmt werden müssen. Kurz die Habitation sey für kein Recht nach dem Sinn und dem Sprachgebrauche der Römischen Rechtsgelehrten zu halten, oder sie sey vielmehr nur ein natürliches, und kein gesetzliches Recht, und bestehe also, wie **Modestin** sagt, mehr in facto, als in iure. Hieraus lasse sich nun sehr natürlich erklären, 1) warum die Habitation durch die capitis deminutio nicht aufgehoben

pag. 210. *Greg.* MAJANSIUS cit. Diss. §. 9. *Io. van* NISPEN Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt. Cap. IX. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertation. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. I. pag. 61.) Roßmanns Abhandlung, warum die habitatio vielmehr in facto als in iure bestehe? in Schotts jurist. Wochenblatt 2. Jahrg. S. 659. ff. BREUNING Quaest. iuris controv. an habitatio sit servitus iuris civ. §. 4. Gmelin in den gemeinnütz. jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. B. S. 90. ff. u. HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1134.

ben worden sey. Denn die Kapitisdeminution vertilgte zwar gesetzliche Rechte, aber da sie auf den natürlichen Zustand des Bürgers gar keine Beziehung hatte, so giengen natürliche Rechte dadurch nicht verloren[49]). 2) Warum auch der Nichtgebrauch keinen Verlust der Habitation nach sich ziehe, ohnerachtet der usufructus in dieser Lage verlohren geht. Denn natürliche Rechte, welche die Römischen Gesetze für Rechte nicht erklärt, noch anerkannt haben, sind nach dem Sinn desselben keine Rechte, und daher jene Gesetze, welche die Dauer eines Rechts beym Nichtgebrauch desselben auf einen gewissen Zeitraum eingeschränkt hatten, auf die Habitation nicht anwendbar. Allein ich habe schon an einem andern Orte[50]) gegen diese Erklärung erinnert, daß kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, bey der Auslegung der Stelle des **Modestinus** von der gewöhnlichen Bedeutung der Worte ius und factum abzuweichen. Man hat nicht erwogen, daß **Modestin** vom *legato habitationis* rede, und von diesem sage, es bestehe vielmehr in facto, als in iure. Man hat ferner übersehen, welches doch sehr merkwürdig ist, daß **Modestin** das Vermächtniß der Habitation mit dem *legato in annos singulos, vel menses singulos relicto* in eine Parallele stellt. Ueber die vis civilis, oder gesetzliche Gültigkeit beyder Vermächtnisse konnte also wohl nie Zweifel entstehen. Soll nun zwischen Grund des Gesetzes und der Entscheidung selbst ein richtiger Zusammenhang Statt haben, so kann wohl der vom **Modestin** angeführte Grund anders nicht, als in Beziehung auf die Art der Erwer-

49) *L. 8. D. de capit. minut.*

50) S. den 1. Theil dieses Commentars §. 1. S. 11. ff.

werbung und Entstehung des Vermächtnißes, von welchem der Römische Jurist spricht, verstanden werden, wie Georg Ludewig Böhmer [51]) ganz einleuchtend gezeigt hat. Das Vermächtniß der Habitation hat nun die besondere Eigenschaft, daß das Recht des Legatars nicht gleich nach geschehener Erbschaftsantretung ipso iure seinen Anfang nimmt, sondern erst per factum habitationis erworben wird, mithin von der Zeit anfängt, da der Legatar die ihm vermachte Wohnung wirklich bezieht [52]). Das Recht des Legatars wird also nicht ein für allemal erworben, sondern es nimmt so oft von neuen wieder seinen Anfang, als der Legatar wieder zu wohnen anfängt. Es ist solchemnach das Legat der Habitation nicht ein einfaches, sondern ein vielfältiges Legat [53]), welches mehrere Vermächtnisse in sich begreift, und gleichsam mit jedem Tage aufs neue wieder constituirt wird, nicht anders, als ob die Habitation auf jeden Tag wäre vermacht worden. Denn dies bringt die Eigenschaft eines legati *in annos singulos* vel *menses singulos* relicti mit sich, mit welchem Modestin das

51) Progr. Observationem ad sententiam *Modestini* in L. 10. D. de cap. minut. contin. *Goettingae* 1778. 4.

52) Man vergleiche auch *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. X. cap. 21. pag. 515.

53) Wenn Marcellus *L. 15. pr. D. de usu et usufr. leg.* sagt: damnas esto heres, Titium sinere in illa domo habitare, quoad vivet: *unum videtur esse legatum,* so beurtheilt er das Vermächtniß bloß nach der Person des Erben, welchem der Testator damit beschwert hat. In Rücksicht desselben ist freylich dasselbe nur als ein einiges Vermächtniß zu betrachten, weil der Erbe seiner Verbindlichkeit entlediget ist, sobald er, nach Antretung der Erbschaft, dem Legatar die Wohnung eingeräumt hat.

das Vermächtniß der Habitation vergleicht. **Ulpian** läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 1. pr. D. Quando dies ususfr. leg. cedat* sagt: Si cui *in menses*, vel *in dies*, vel *in annos singulos* quid legetur, *per dies singulos*, *vel menses*, *vel annos dies legati cedit*. Unde quaeri potest, si ususfructus *per dies singulos* legetur, vel in annos singulos, an semel cedat? et puto, non cedere simul, sed per tempora adjecta, ut *plura legata* sint. Solche Legate, quorum dies non semel cedit, sondern deren Erwerbung, mit jedem Jahre, oder Monate, oder Tage immer wieder von neuen geschieht, haben nun die besondere Natur, daß sie weder durch eine capitis deminutio, noch durch non usus verloren gehen [54]. Denn wenn auch der Legatar eine Capitisdeminution erleiden sollte, so geht doch das Legat nur für die Zeit verloren, da die capitis deminutio gedauert hat, nicht für die Zukunft; und wenn er sich auch eine Zeitlang der Wohnung nicht bedient hat, so ist nur für diese Zeit die Habitation verloren gegangen, nicht für die Zukunft, *quia non unum est legatum, adeoque nec semel cedit, sed ex quolibet tempore, quo novum habitationis factum intervenit, de novo constituitur*, wie **Böhmer** in der angeführten Abhandlung sehr gründlich sagt. Man darf jedoch, wie ich schon oben erinnert habe, hierbey ja nicht außer Acht lassen, daß **Modestin** bloß von dem *legato habitationis* rede, wenn er solches nach dem Beyspiel eines legati, in annos vel menses singulos relicti, nicht für ein einiges, sondern für ein mehrfaches Legat, dem präsumtiven Willen des Testirers gemäß, erklärt.

54) *L. 28. D. Quib. mod. ususfr. amitt. L. 8. D. de annuis legatis.*

klärt. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die Habitation durch Vertrag constituirt wird. Hier sagt Paulus *L.* 35. §. *ult. D. de mortis causa donat.* Qui in tempus vitae, vel in annos singulos sibi quidquam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est: nam licet multa essent legata, *stipulatio tamen una est*, et conditio eius, cui expromissum est, semel intuenda est [55]). Ist also der Vertrag hier nur ein einziger, und also das Recht der Habitation dadurch ein für allemal erworben, so muß dasselbe auch auf eben die Art erlöschen, wie persönliche Dienstbarkeiten, welche durch Vertrag constituirt worden sind, nach dem neuern Röm. Rechte [56]) verloren gehen [57]).

Ich bemerke noch zum Beschluß dieser Materie, 1) daß die alten Römischen Rechtsgelehrten auch darüber nicht einig gewesen zu seyn scheinen, wie lange die Habitation dauere, wenn sie schlechthin vermacht worden sey? ob sie nämlich nur auf ein Jahr sich beschränke, oder auf die ganze Lebenszeit des Legatars sich erstrecke? Ulpian [58]) erzählt, Rutilius, vermuthlich P. Rutilius Rufus, wie Greg. Majansius [59]) mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt hat, habe

55) Vergl. auch noch *L.* 16. §. 1. *D. de Verbor. oblig.*

56) *L.* 16. *C. de usufr.*

57) S. BOEHMER cit. Progr. §. XI.

58) *L.* 10. §. 3. *D. h. t.* Utrum autem unius anni sit habitatio, an usque ad vitam, apud veteres quaesitum est. Et *Rutilius*, donec vivat, habitationem competere ait. Quam sententiam et *Celsus* probat lib. 18. *Digestorum.*

59) Ad triginta ICtorum fragmenta Commentar. Tom. II. pag. 19. §. 3.

habe behauptet, daß dem Legatar die Habitation zustehe, so lange er lebt; und diese Meinung habe auch **Celsus** gebilliget. 2) Ist mehreren Personen zusammen die Habitation vermacht, so tritt auch hier ohne Zweifel das Accrescenzrecht ein, wenn einer von den Legataren wegfällt, ja es muß auch hier aus dem nämlichen Grunde, wie bey dem usus fructus und usus, noch post realem concursum Statt finden[60]. **Scävola** läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 34. *pr. D. de usu usufr. leg.* sagt: Idem quaesiit, defunctis quibusdam ex libertis, *quibus habitatio relicta erat*, an *portiones* domus, *in quibus hi habitaverant*, iam ad Rempublicam pertineant? Respondit: *quoad aliquis eorum vivat*, fideicommissum Reipublicae non deberi. Es rechtfertiget sich auch aus dem bereits Gesagten die Meinung **Lynckers**[61] vollkommen, welcher sagt: *Si habitatio aliquibus conjunctim relinquitur, uno vel altero deficiente accretio obtinebit, per quam etiam is iterum admittetur in portionem postmodum deficientis, qui iam ante portionem suam amiserat.* Endlich 3) ist es keinem Zweifel unterworfen, daß dem Habitator die auf dem Hause haftenden Abgaben zur Last fallen, so wie auch derselbe das Haus in baulichem Wesen zu erhalten, und die erforderlichen Reparaturen auf eigene Kosten zu bestreiten in eben der Maaße, wie der Usufructuar, verbunden ist[62].

60) S. WESTPHAL de lib. et servitut. praedior. §. 854. pag. 585.

61) Diss. de iure habitationis Sect. III. §. 7.

62) LYNCKER cit. loc. Sect. VII. membr. II. §. 2. seqq.

Lib. VII.

Lib. VII. Tit. IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

§. 653.

Ursprung, Begriff und Inhalt der usufructuarischen Caution. Ausdehnung derselben auf alle persönliche Servituten.

Damit der Proprietar gesichert sey, daß der Usufructuar den ihm obliegenden Verbindlichkeiten ein Genüge leiste [63]); so hielt es der Prätor für billig, den Nutznießer zu einer Cautionsleistung zu verpflichten, welche deswegen *cautio usufructuaria* [64]) genennet wird. Ulpian sagt *L.* 1. *pr. D. h. t.* Si cuius rei ususfructus legatus sit, aequissimum Praetori visum est, de utroque legatarium cavere: *et usurum se boni viri arbitratu; et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde*

63) *L.* 13. *pr. D. de usufr.* Nam sicuti debet fructuarius uti frui, *ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate.*

64) Von dieser Caution handeln *Ger.* NOODT de usufructu Lib. I. cap. 18. GALVANUS de usufructu cap. XIX. *Nic. Christ.* LYNKER Diss. de cautione usufructuaria *Ienae 1681.* et rec. *Halae 1737.* 4. *Io. Henr.* FELZ Diss. de eod. arg. *Argentorati 1715.* und *Wolr.* BURCHARDI Diss. II. qua demonstratur: cautionem usufructuariam nec veri nec quasi ususfructus substantiam ingredi. *Herbornae 1757.* 4.

inde exstabit. Diese Caution besteht nun aus zwey Hauptpuncten [65]), 1) daß der Usufructuar die Sache ordnungsmäßig gebrauchen, und so damit umgehen wolle, wie ein guter Wirth mit seinen Sachen zu verfahren pflegt [66]). 2) Daß er die Sache nach Endigung seines Rechts gehörig zurückgeben wolle, so wie sie nämlich durch ordnungsmäßigen Gebrauch ge-

65) Ulpian sagt *L. 1. §. 6. D. h. t.* Habet autem stipulatio ista *duas causas*: unam, si aliter quis utatur, *quam vir bonus arbitrabitur*; aliam *de usufructu restituendo.* Hier heißen causae soviel als *clausulae*, wie CUJACIUS Observation. Lib. IX. cap. 39. aus mehreren andern Gesetzstellen erwiesen hat.

66). *L. 1. §. 3. D. h. t.* Cavere autem debet: *viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum*, hoc est, non deteriorem se causam ususfructus facturum, caeteraque facturum, quae in re sua faceret. Die Worte der Cautions-Formel: *boni viri arbitratu* werden von den Auslegern verschieden erklärt. Man sehe vorzüglich *Io.* WUNDERLICH lib. sing. de usu inscriptionum Roman. veter. maxime sepulchral. in iure. Observat. II. §. 11. pag. 67. sqq. Er selbst hat ausführlich zu beweisen gesucht, daß die Cautionsformel des Usufructuars: *se usurum boni viri arbitratu*, auf keine Weise anders, als so verstanden werden werden könne: se ita usurum, *quemadmodum determinaverit iudex*, cui causam hanc commisit Praetor, *eoque*, *nec alio*, *modo*, *quem is praescribi voluerit*, ita tamen, ut ultimae voluntati testatoris eiusque dispositioni fiat satis. Daß unter dem Ausdruck *bonus vir* in den Gesetzen der *iudex* verstanden werde, sey bekannt. *L. 137. §. 2. D. de verb. oblig. L. 4. §. 1. D. fam. ercisc.* und von seiner billigen Bestimmung werde vorzüglich das Wort *arbitratus* gebraucht. *L. 13. §. 2. D. de usufr. L. 17. §. 5. D. de iniur.* Nun sey bey Errichtung der Caution dem Usufructuar arbitratu iudicis der modus vorgeschrieben worden, wie er die Sache nutzen und gebrauchen solle. *L. 13. §. 1.*

geworden ist[67]). Anfangs hatte zwar diese Caution nur bey einem legirten Usufructus Statt; sie wurde aber nachher nicht nur auf jeden andern Nießbrauch ausgedehnt, er mochte durch ein Fideicommiß, oder durch eine Schenkung von Todes wegen, oder durch einen Contract bestellet seyn, sondern man ließ sie utiliter, d. i. der Billigkeit wegen, auch bey den übrigen persönlichen Servituten zu. Hierher gehören vorzüglich folgende Gesetzstellen.

L. 13.

§. 1. *D. de Usufr.* sage: Cum de usufructu agitur, non solum, quod factum est, arbitratur, sed etiam in futurum, *quemadmodum uti frui debet.* Hierauf ziele auch die *L. 4. C. eod.* wo es heißt: *Satisdatio boni viri arbitratu praebeatur.* Hiernach sey nun *L. 1. §. 5. D. h. t.* Utilius autem visum est, stipulatione de hoc caveri, ut, *si quis non viri boni arbitratu utatur*, committatur stipulatio statim, so zu verstehen: *si non ita utatur re, quemadmodum iudex definiverit et praescripserit.* Ich läugne nicht, daß unter boni viri arbitratus in den Gesetzen vorzüglich das richterliche Ermessen verstanden werde. Dies kann aber doch nur eintreten, wenn darüber Streit entsteht, ob der Usufructuar seinen Pflichten ein Genüge geleistet habe; und dann bleibt doch immer der Maaßstab der, wie ein guter Wirth mit seiner Sache umzugehen pflegt. Ueber die ganze Sache giebt uns unstreitig Paulus den besten Aufschluß, wenn er Lib. III. *Sententiar. Receptar.* Tit. 6. §. 27. bey SCHULTING in *Iurispr. Antejust.* p. 361. sagt: Usufructu legato *de modo utendi* cautio a fructuario solet interponi: et ideo perinde omnia se usurum, *ac si optimus paterfamilias uteretur*, fideiussoribus oblatis cavere cogetur.

67) Dies ist wohl unstreitig der Sinn der Worte: *Quod inde exstabit*, nämlich se restituturum rem talem, qualis finito usufructu erit, etiamsi usu, prout boni viri arbitratu licuit, deminuta aut deterior facta sit, wie BURCHARDI cit. Diss. §. 17. und HOF-

ACKER

L. 13. *pr. D. de usufr.* Si cuius rei usus fructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, ut officio iudicis hoc fiat. — Haec autem *ad omnem usumfructum* pertinere, *Iulianus lib.* 38. *Digestorum* probat.

L. 1. §. 2. *D. h. t.* Illud sciendum est, ad fideicommissa etiam aptari eam debere. Plane, et si ex *mortis*

ACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1137. diese Worte erklären. CUJACIUS Observation. Lib. IX. cap. 39. glaubt jedoch die Formel: *quod inde extabit*, sey nur *de possessione rei restituenda* zu verstehen. Allein man darf sich nicht irre führen lassen, wenn Ulpian sagt: *L. 1. §. 7. D. h. t.* Quod diximus, *id, quod inde extabit, restitutum iri*, non *ipsam rem stipulatur proprietarius*; inutiliter enim *rem suam* stipulari videretur: sed stipulatur *restitutum iri, quod inde extabit.* Richtiger hat diese Worte *Ger.* NOODT de usufr. Lib. I. cap. 28. *Oper.* Tom. I. pag. 432. erklärt. *Notandum*, sagt er, quod non *jubet Praetor, proprietarium stipulari, ipsam rem dari: (nam rem suam dari, inutiliter stipulatur, cum, quod eius est, amplius eius fieri nequeat)* sed *iubet, eum stipulari, restitutum iri, quod inde extabit: quia, quod meum est, etsi non possit mihi dari, mihi tamen restitui potest.* L. 1. §. ult. D. usufr. quem. cav. *Non magis praetereundum est: quod in hanc stipulationem tantum venit restitutio eius, quod extabit. Sic enim jussit Praetor: nempe quia fructuario sit ius terendae rei attritioni obnoxiae: si ea utatur boni viri arbitratu. Sed et alias potest fieri, ut res minuatur sine culpa fructuarii. Bonum igitur factum Praetoris: jubentis, rem restitui, non qualis fuit tempore constituti usus fructus, sed qualis erit tempore finiti.* L. 9. §. 3. D. eod. tit. Hierin stimmt auch *Io.* D'AVEZAN lib. servitutum. P. III. Cap. IX. §. *Dixi horum verborum etc.* bey MEERMAN Tom. IV. pag 144. sq. überein, wo er den Cujaz namentlich widerlegt. Man sehe auch POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XI. not. g. et h.

causa donatione ususfructus constituatur, *exemplo legatorum* debebit haec cautio praestari. Sed et si *ex alia quacunque causa* constitutus fuerit ususfructus, idem dicendum est.

L. 4. C. de usufructu. Usufructu constituto consequens est, ut satisdatio boni viri arbitratu praebeatur ab eo, ad quem id commodum pervenit, quod nullam laesionem ex usu proprietatis afferat. *Nec interest, sive ex testamento, sive ex voluntario contractu ususfructus constitutus est.*

L. 5. §. 1. D. h. t. Sed si *usus* sine fructu legatus erit, ademta fructus causa, satisdari iubet Praetor. Hoc merito: ut de solo usu, non etiam de usufructu caveatur.

L. 5. §. 2. *eod.* Ergo et si *fructus sine usu* 68) obtigerit, stipulatio locum habebit.

L 5 §. 3 eod. Et si *habitatio*, vel *operae hominis*, vel cuius alterius animalis, relictae fuerint, stipulatio locum

68) Diesem ist *L. 14. §. 1. D. de usu et habit.* nicht entgegen, wo gesagt wird: Et fructus quidem *sine usu* esse non potest. Denn in eben dieser Stelle wird gleich nachher §. 3. gesagt: Poterit autem apud alium esse usus, apud alium *fructus sine usu*. Es kommt auf den Gegenstand an, wieweit sich der Fruchtgenuß vom Gebrauch der Sache trennen läßt. Siehe den vorigen Titel. Man vergleiche auch über diese Stellen *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XIII. c. 12. *Gilb.* REGIUS Ἐναντιοφαν. iuris civ. Lib. I. cap. 11. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1485.) *Ger.* NOODT de usufr. Lib. II. cap. 1. *Oper* Tom. I. pag. 448. und besonders *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. III. cap. 9. §. *Quid si fructus.* bey MEERMAN Tom. IV. pag. 145.

locum habebit; licet per omnia haec usumfructum non imitantur.

Diese Caution muß übrigens geleistet werden, die Sache, die den Gegenstand der Servitut ausmacht, sey eine bewegliche oder unbewegliche [69]).

Verschieden von dieser Caution ist diejenige, welche beym Quasi usufructus zu leisten ist. Diese wird *cautio quasi fructuaria* [70]) genennt, und ist nicht, wie die usufructuarische, vom Prätor, sondern durch das oben erklärte Senatusconsultum vom Quasiususfructus eingeführt worden. Daher wird sie auch von den Rechtsgelehrten zum Unterschied von jener, welche eine cautio *praetoria* ist, *cautio civilis* oder *senatoria* [71]) genennt. Diese cautio quasi usufructuaria geht nun dahin, daß statt der verbrauchten Sache eine andere von eben der Qualität und Quantität, oder deren Werth nach geendigtem Nießbrauch restituirt werden solle [72]).

§. 654.

Ist die cautio usufructuaria wesentlich nothwendig, und daher unnachläßlich? Wer ist da[illegible] frey?

Der Proprietar hat also nach dem Edict des Prätors ein vollkommenes Recht, die usufructuarische Caution zu for-

69) *L. 1. §. 1. D. h. t.* Haec stipulatio, *sive mobilis res sit, sive soli*, interponi debet.

70) S. *Io.* D'AVEZAN cit. loc. pag. 146.

71) S. *Herm.* VULTEJUS in Iurisprud. Rom. §. 3482. MÜLLER ad Struvii Synt. iuris civ. Exerc. XII. §. 73. not. γ und LUDOVICI usus pract. Distinction. iuridic. Lib. VII. Tit. 5. Dist. I.

72) *§. 2. I. de usufr. L. 7. D. de usufr. ear. rer. quae usu consum. L. 7. §. 1. D. h. t.*

fordern, und ehe diese nicht geleistet worden ist, kann der Usufructuar gar nicht mit Wirkung auf Einräumung des ihm versprochenen oder vermachten Nießbrauchs klagen [73]). Ist auch die nutznießliche Sache schon übergeben, so kann sie, wegen verweigerter Cautionsleistung, zurückgefordert werden [74]). Das Recht des Proprietars ist so fest begründet, daß selbst die Verfügung des Testirers, bey einem im Testament constituirten Nießbrauche, der Usufructuar solle keine Caution leisten dürfen, keine verbindliche Kraft hat. *L. 7. Cod. Ut in possessionem legatorum* sagt ausdrücklich: Scire debetis, fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse, D. *Marcum et* D. *Commodum* constituisse. *Ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur: minime satisdationem remitti testamento posse.* Das nämliche wird auch in Ansehung der cautio quasi usufructuaria *L. 1. C. de Usufr.* verordnet. Viele Rechtsgelehrten halten diese Vorschrift der Gesetze für unbillig, oder wenigstens für ganz inconsequent [75]). Denn konnte der Testator dem Usufructuar das völlige Eigenthum vermachen, warum sollte er nicht befugt seyn, ihm die Caution zu erlassen? Man hat sie daher auf allerley, zum Theil sonderbare Art zu modificiren gesucht. Einige [76]) behaupten nämlich, das Ge-

73) *L. 13. pr. D. de usufr.*

74) *L. 7. pr. D. h. t.*

75) S. *Car. Ferd.* HOMMEL Diss. de iniquitate legum Rom. remissionem cautionis usufructuariae testatori denegantium. *Lipsiae* 1764.

76) *Marc.* LYKLAMA A NYHOLT Membranar. Lib. VII. Eclog. 29. pag. 335. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 29.

Gesetz rede nur von dem Theil der Caution, vermöge welchen der Usufructuar wie ein guter Wirth mit der Sache umgehen wolle. Nur diesen könne der Testator demjenigen, welchem er den Nießbrauch vermacht hat, nicht erlassen, ne boni mores offendantur, grassandique suspicio faveatur; wohl aber könne der Theil der Caution remittirt werden, welcher die Restitution des Nießbrauchs nach dessen Beendigung betrifft, weil sich hier der Proprietar der Reivindicatio bedienen könne. Allein wenn gleich in dem Gesetz nur des ersten Theils der Caution ausdrücklich Erwähnung geschieht, so läßt sich doch daraus noch keineswegs schliessen, daß das Gesetz bey dem andern Theil desselben keine Anwendung finde, weil ja bey dem einem, wie bey dem andern, der nämliche Grund eintritt. Es ist überdem dem Sprachgebrauche der Gesetze gemäß, unter den im Gesetz angeführten erstern Worten die ganze Cautionsformel zu verstehen [77]). Mit Recht verwerfen daher Gerh. Noodt [78]) und Joh. Ortwin Westenberg [79]) jenen Unterschied. Noch subtiler ist die Distinction des Galvanus [80]). Nach dessen Erklärung soll das Gesetz den Sinn haben, daß zwar nicht das ius cautionis, wohl aber der usus cautionis vom Testator remittirt werden könne, d. i. der Testator könne nur nicht machen, daß der Usufructuar nicht verbunden werde zu caviren; dahinge-

cap. 29. *Io. Henr. de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. III. Th. 19. not. 8. in fin.

77) *L. ult. D. h. t. L. 13. pr. D. de usufr. L. 4. C. eodem.*

78) De usufr. Lib. I. cap. 19.

79) Divus Marcus Diss. XXXV. §. 10.

80) De usufr. Cap. XX. §. 8. pag. 222.

gegen könne er wohl verordnen, daß der Erbe die Caution nicht fordere [81]). Ich übergehe andere eben so ungegründete Erklärungen, und verweise auf Höpfner [82]), der sie ausführlicher angeführt, und widerlegt hat. Sollte aber wohl deswegen, weil die Caution vom Testator nicht erlassen werden kann, diese Zusicherung zum Wesen des Usufructverhältnisses so nothwendig erfordert werden, daß sie auch nicht einmal durch Vertrag erlassen werden könne? Viele [83]) behaupten dieses wirklich, obgleich aus verschiedenen Gründen. Einige halten einen solchen Vertrag für gesetzwidrig, weil der Usufructuar durch Erlassung der Caution zum Mißbrauch der Sache gereizt werden würde. Andere hingegen meinen, es werde dadurch wenigstens die Natur des Usufructverhältnisses beschränkt. Denn ohne ein besonderes Versprechen des Usufructuars: restitutum iri, quod inde extabit, würde derselbe nicht für einen Schaden durch Unthätigkeit verantwortlich seyn, weil in jenem Versprechen gerade die Zusicherung liege, für alles Abhandenkommen, oder Destruction des Objects (custodia) einstehen zu wollen, sobald dem Usufructuar ein Versehen dabey zur Last fallen sollte. Das *debet interponi haec stipulatio*, welches *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* vorkommt, und so manche andere Stellen, welche diese Verbindlichkeit wie-

81) Auf eine andere Art sucht MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. II. §. 433. die Distinction des Salvanus zu vertheidigen.

82) Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 373.

83) *Ger.* NOODT cit. loc. Lib. I. cap. 19. *Io.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XVII. §. 63. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. und *Franz.* SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 347. ff.

wiederholen, bestärkten auch, was die Philosophie des Rechts ausspricht. Allein daß die Erlassung der Caution durch Vertrag für rechtswidrig zu halten sey, läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten. Es giebt ja Contracte, wodurch man dem Andern den Gebrauch einer Sache einräumt, und doch von einer Caution gar nicht die Frage ist. Sodann erlassen ja auch selbst die Gesetze in manchen Fällen die Caution, wie wir nachher bemerken werden; warum sollte es also dem Proprietar nicht erlaubt seyn, die Caution dem Usufructuar zu erlassen? **Ulpian** sagt nur, L. 1. *pr. D. h. t.* der Prätor habe die Einführung der Caution für billig gehalten, (aequissimum Praetori visum est). Daß sie nun darum auch wesentlich nothwendig sey, folgt daraus noch nicht. Denn die Caution bezweckt bloß die Sicherheit des Proprietars, wie **Ulpian** *L. 13. pr. D. de usufr.* ausdrücklich sagt; sie betrifft also nicht schlechthin die Natur des Usufructus. Ueberdem erfordern die Gesetze ohnehin von jedem Usufructuar, daß er mit der Sache so umgehe, wie ein ordentlicher Hausvater zu verfahren pflegt. *L. 65. D. de usufr.* und da die custodia für ein, jedem guten Hausvater eignes, Prädicat gehalten wird [84]; so braucht sie nicht erst durch ein besonders Versprechen begründet zu werden. Diese custodia wird auch ausdrücklich vom Usufructuar verlangt. *L. 2. D. h. t.* Kein Wunder, wenn daher die meisten Rechtsge-

84) *§. 5. I. de locat. et conduct. L. 1. §. 4. D. de obligat. et act. L. 11. D. de peric. et commod. rei vendit. L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act. L. 35. §. 4. D. de contrab. emt.* S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts I. B. S. 248. 252. 254.

gelehrten [85]) die Caution blos für ein naturale usus fructus halten. Demohngeachtet bin ich überzeugt, daß wo die Verbindlichkeit des Usufructuars für schädliche Unthätigkeit zu haften, nicht durch Vertrags- oder andere rechtliche Verhältnisse begründet ist, die Caution zum Wesen des Usufructverhältnisses gehöre. Denn man erwäge, daß die Gesetze den Bürger nur eigentlich dann zur Entschädigung unbedingt verpflichten, wenn er oder sein Eigenthum die unmittelbare Ursache der Beschädigung seines Mitbürgers ist, und dann kann freylich wohl jedes Versehen, sey es auch das geringste, worauf das positive schädliche Factum folgte, mittelst der Klage aus dem Aquilischen Gesetz vindicirt werden [86]). Sie legen hingegen dem Bürger keine absolute Pflicht auf, den vernichtenden oder verderbenden Eindruck äußerer Umstände der Natur oder dritter Personen von des Mitbürgers Eigenthume abzuwenden. Nur durch eigene Verabredungen kann eine solche Verbindlichkeit begründet werden [87]). Nun entspringt aber der Nießbrauch nicht immer aus Contractsverhältnissen, sondern auch aus andern Quellen, und vorzüglich aus letzten Willensverordnungen. Es muß also hier das, wozu sich der Contrahent schon stillschweigend verpflichtet, nämlich für

85) GALVANUS de usufr. Cap. XIX. §. 6—9. VOET Commentar. h. t. §. 9. et 11. SCHULTING Thesium controversar. Decad. XXII. §. 9. WESTENBERG Princip. iuris Digestor. h. t. §. 11. BURCHARDI Diss. cit. §. 24—27. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 5. not. a. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1140. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 432. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 619. u. a. m.

86) *L. 44. D. ad leg. Aquil.*

87) S. SCHOEMAN a. a. O. S. 234. ff.

für schädliche Unthätigkeit haften zu wollen, durch ein besonderes Versprechen begründet werden. Hierzu wollen die Gesetze in solchen Fällen der Regel nach jeden Usufructuar angehalten wissen, wo der Ususfructus nicht durch Vertrag constituirt worden ist, wenn dem Proprietar deshalb eine Entschädigungsklage zustehen soll. Ganz entscheidend sagt Ulpian *L.* 13. §. 2. *D. de usufr.* wenn keine Caution geleistet worden, so hafte der Usufructuar nur, wie jeder Andere, der fremde Sachen verdorben hat, für schädliche Thätigkeit mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetz, oder dem Interdicto, *quod vi aut clam.* Um ihn aber auch für schädliche Unthätigkeit verantwortlich zu machen, habe die actio praetoria ex stipulatu, welche durch die Caution begründet wird, eingeführt werden müssen. Die Worte selbst lauten so: De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur, et interdicto, *quod vi aut clam*, ut *Iulianus* ait; nam fructuarium quoque teneri his actionibus, nec non furti, certum est: sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit. Denique consultus, quo bonum fuit, *actionem polliceri Praetorem*, cum competat legis Aquiliae actio? Respondit, *sunt casus*, *quibus cessat Aquilia actio:* ideo iudicem dari, ut eius arbitratu utatur. *Nam qui agrum non proscindit*, *qui vites non subserit*, *item aquarum ductus corrumpi patitur*, *lege Aquilia non tenetur.* Eadem et in usuario dicenda sunt. Daß in dem Versprechen: *restitutum iri*, *quod inde extabit*, wirklich die Zusicherung liege, für alles Abhandenkommen oder Destruction des Objects, (custodia) einstehen zu wollen, sofern dem Usufructuar eine culpa dabey zur Last fallen sollte, ergiebt sich noch aus einer andern Stelle desselben Ulpians, welcher *L.* 1.

§. 7.

§. 7. *D. h. t.* sagt: Stipulationi, *restitutum iri, quod inde extabit*, interdum inerit proprietatis aestimatio, si forte (zum Beyspiel) fructuarius, cum posset usucapionem interpellare, neglexit: *omnem enim rei curam suscipit.* Eben dies bekräftiget auch Paulus *L. 2. D. h. t.* wo er sagt: Nam fructuarius *custodiam* praestare debet. Hieraus nun klärt sich auf, warum die Gesetze dem Erblasser nicht erlauben, dieses Versprechen dem Usufructuar zu erlassen. Denn der Grund, daß der Testator dem Rechte des Erben nichts vergeben könne, oder einem Rechte nicht entsagen könne, welches nicht ihm, sondern seinem künftigen Erben zusteht, wie man gewöhnlich die Vorschrift des Gesetzes erklärt [88], giebt keinen hinlänglichen Aufschluß, so wenig, als der Grund, weil sonst der ususfructus gar leicht in volles Eigenthum übergehen könnte [89]). Es können jedoch Verhältnisse eintreten, wo die sonst gewöhnliche Caution wegfällt. Man giebt deshalb mancherley Fälle, als Ausnahmen, an, die aber einer genauern Prüfung zu unterwerfen sind. Man sagt, 1) der Vater sey cautionsfrey in Ansehung des ihm an dem peculio adventitio seiner Hauskinder zustehenden Nießbrauchs. Dies hat allerdings nach dem Gesetz (*L. 8. §. 4. C. de bonis, quae lib.*) seine Richtigkeit. Allein hier tritt ein besonderes Verhältniß ein. Die aus der väterlichen Gewalt resultirende Personeneinheit hinderte alle Cautionsleistung [90]). Ueber-

88) VOET h. t. §. 9.

89) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 239. der zweyten Aufl.

90) *L. 50. D. ad SCtum Trebellian.* Cautiones non poterant interponi, *conservata patria potestate.*

Ueberdem bringt es auch schon die väterliche Pflicht, welche Natur und Staat dem Vater auferlegt haben, mit sich, das Beste seiner Kinder zu besorgen, vermöge welcher er also, in Ansehung der Adventizien der Kinder, schon eben so, wie ein jeder anderer Usufructuar, haftet. 2) daß der Fiscus frey sey. Allein der Fiscus braucht nur keine Satisdation durch Bürgen zu bestellen[91], wie sonst ein Usufructuar. Er muß aber doch durch ein simples Versprechen caviren, welches die Stelle der Satisdation vertritt. Ulpian sagt ganz allgemein *L. 6. §. 1. D. Ut legator. vel fideicommissor. servandor. causa caveat.* Admonendi autem sumus, rebuspublicis remitti solere satisdationem. *Repromissio* plane exigenda est. 3) Wenn dem Usufructuar dereinst die Proprietät zufällt, so sey er frey. Dies ist nur wahr, wenn er die gewisse Hoffnung hat. Dann leistet er freylich keine Caution, weil er schon sogut, als Proprietar zu betrachten ist[92]). Ferner 4) der Ehemann, als Nutznießer der Güter seiner Frau. Allein der Ehemann haftet in Ansehung des Dotalgutes seiner Ehefrau ohnehin schon für diejenige Unthätigkeit, welche er in seinen eigenen Geschäften nicht zu begehen pflegt, doch immer nur höchstens für culpa levis[93]). Für diligentia im engern Sinn steht er nicht,

91) *L. 1. §. 18. Ut legator.* sagt ausdrücklich: Non solet Fiscus *satisdare.*

92) *L. 9. §. 2. D. h. t.* sagt: Plane si *ex die* proprietas alicui legata sit, ususfructus pure: dicendum esse *Pomponius* ait, remittendam esse hanc cautionem fructuario; *quia certum est, ad eum proprietatem, vel ad heredem eius perventuram.* S. WESTPHAL §. 702. not. 627.

93) *L. 17. pr. D. de iure dot. L. 24. §. 5. in fin. L. 25. §. 1. D. Soluto matrim. L. 49. pr. D. eod.*

nicht, auch nicht einmal für custodia [94]). In Ansehung der Paraphernalgüter haftet er nie für culpa levis, sondern nur für lata, womit die diligentia, quam in suis rebus adhibet, hier coincidirt [95]). Wozu also hier noch eine besondere Caution zur Begründung einer Klage? da die Ehefrau schon durch hinlängliche Klagen gedeckt ist. 5) Die Mutter, welche einige [96]) noch für cautionsfrey halten wollen, in Ansehung des Nießbrauchs, der ihr nach den Gesetzen an den Gütern ihres verstorbenen Mannes verbleibt, sofern sie das Eigenthum derselben durch Eingehung einer zweyten Ehe verlohren hat, ist nicht frey. Das Gesetz verpflichtet sie ausdrücklich zur Satisdation [97]). Sie muß auch Caution leisten, wenn ihr der usus oder ususfructus von ihrem verstorbenen Mann vermacht worden ist, und ihre leiblichen Kinder des Testirers Erben sind [98]). Noch setzt man 6) in der Praxis den Schenkenden hinzu, der sich den Nießbrauch vorbehalten hat [99]), weil theils der ususfructus hier nicht erst erworben werde, theils aber auch einem Jeden freystehen müsse, bey der Veräußerung die

94) *L. 18. §. 1. in fin. D. Soluto matrim.* S. SCHOEMAN im angef. Handbuch 1. B. S. 338.

95) *L. 11. Cod. de pactis convent.* SCHOEMAN c. l. S. 338.

96) VOET in Commentar. h. t. §. 7. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 619.

97) *L. 6. §. 1. Cod. de secund. nupt.*

98) *L. 11. D. h. t.* Usu quoque domus relicto, viri boni arbitratu interponi oportet. Nec mutat, si pater heredes filios simul habitare, *cum uxore legataria* voluit.

99) VOET h. t. §. 8. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XII. Th. 1. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1140.

die Bedingungen zu bestimmen, unter welchen er die Sache dem andern überlassen wolle. Es läßt sich diese Meinung allerdings vertheidigen. Allein der Grund ist, weil in dem Vorbehalt des Nießbrauchs an der geschenkten Sache eine stillschweigende Anerkennung der Pflichten des Usufructuars liegt. Denn dieser Vorbehalt enthält, als eine Art von constitutum, die Erklärung des Donators, daß er die Sache, wie ein Usufructuar, auf dem Namen des Donatärs besitzen wolle, wodurch das Eigenthum auf den letztern übertragen worden ist [100]). Es bedarf also hier keiner weitern Stipulation, da hier Vertragsverhältnisse zum Grunde liegen.

§. 655.

In wiefern kann sich der Proprietar seines Rechts, Caution zu fordern, begeben?

So wenig nun also der Testator dem die Caution erlassen kann, welchem er den Nießbrauch vermacht hat, eben so wenig kann es sein Erbe selbst, wenn nicht die Natur des Usufructverhältnisses dadurch beschränkt werden soll [1]). Dahingegen leidet es keinen Zweifel, daß bey der Bestellung eines ususfructus unter Lebenden die Verpflichtung zur Caution vertragsmäßig erlassen werden könne.

100) *L. 28. C. de donat.* Man s. den 8. Th. §. 580. S. 107.

1) S. SCHOEMANS Handb. des Civilrechts 1. B. S. 348. und Kretschmanns kleine Abhandlungen aus dem Staats- und Privatrechte. (Bayreuth 1793.) 1. Th. Nr. 13.

könne [2]) Jedoch wird im Zweifel eine solche Erlassung eben so wenig, als die Begebung eines Rechts, vermuthet. Die Caution kann daher noch immer gefordert werden, wenn gleich die Sache schon übergeben worden ist. Denn da die Gesetze schon den Usufructuar zur Cautionsleistung auffordern, so war es von Seiten des Proprietars nicht nöthig, solche bey der Uebergabe in Erinnerung zu bringen [3]). Ja, wenn auch die Caution wirklich erlassen worden wäre, so kann sie doch bey eintretender Gefahr einer Dila-

2) VOET in Comm. h. t. §. 9. In dem *Code civil Napoleon.* Artic. DCI. kommt folgende Stelle vor: *Il donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit.* Dabey machen DELAPORTE et RIFFÉ CAUBRAY dans les Pandect. françaif. (*a Paris 1804.*) T. V. p. 275. die sehr interessante Bemerkung: Suit-il des termes de cet article: „*s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit*, que le testateur puisse accorder cette dispense au légatair d'usufruit? *La Loi 7. au Code ut in possess. legator.* decide textuellement le contraire. — Il ne peut y avoir de difficulté relativement aux actes entre vifs. Nul doute, que celui, qui constitue un usufruit par un acte passé entre lui, et l'usufruitier, ne puisse décharcher ce dernier de donner caution, puisque chacun peut renoncer librement au droit, qui lui appartient. La difficulté n'existe que relativement au testament, parsqu'alors le testateur, en affranchissant le légataire d'usufruit de donner caution, ne dispose pas d'un droit tiers, c'est-à dire, de son heritier. Au reste, cette difficulté nous paraît résolue par le Code civile. Il ne distingue point, par quel titre l'usufruitier peut être dispensé de donner caution. Il faut donc décider, qu'il peut l'être par testament, comme par tout autre acte.

3) *L. 10. §. 1. D. de usufr. ear. rer. quae usu cons. L. 7. pr. D. h. t.*

Dilapidation immer noch gefordert werden, weil auf diesen Fall die geschehene Erlassung nicht erstreckt werden kann [4]).

§. 656.

Wem ist die Caution zu leisten? Was stehen wegen derselben dem Proprietar für Rechtsmittel zu?

Die Caution muß nun zunächst demjenigen geleistet werden, an welchen, nach geendigtem Rechte des Verpflichteten, die Sache zurückkehrt, oder fällt [5]). Haben mehrere an der Proprietät Antheil, so muß sie einem jedem nach dem Verhältniß seines Antheils geleistet werden [6]). Ist die Proprietät einem Andern unter einer Bedingung vermacht, so muß der Usufructuar wegen des ungewissen Ausganges der Bedingung sowohl dem Legatar als dem Erben caviren [7]). Besonders merkwürdig ist es, daß wenn mehreren zusammen an einer Sache der Nießbrauch vermacht worden ist, diese ebenfalls eine doppelte Caution leisten müssen. Sie caviren nämlich nicht nur sich einander gegenseitig wegen des Accrescenzrechtes, sondern auch dem Erben wegen des Rückfalls [8]).

 Um

4) S. *Car. Aug.* TITTEL Diss. de fructibus ab usufructuario ante praestitam cautionem acquirendis *Ienae 1762.* §. 4. pag. 7. und MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 433. in fin.

5) VOET Comment. h. t. §. 5.

6) *L. 13. pr. D. de usufr. L. 9. §. 4. D. h. t.*

7) *L. 8. D. h. t.*

8) *L. 8. cit.* sagt: Quodsi duobus *conjunctim* ususfructus legatus sit: et *invicem sibi cavere debebunt*, et *heredi* in casum illum, *si ad socium non pertineat ususfructus*, heredi reddi. S. VOET cit. loc. §. 5. und WESTPHAL de lib. et servit. praed. §. 695.

Um den Verpflichteten zur Cautionsleistung zu nöthigen, stehen dem Proprietär mancherley Rechtsmittel zu Gebote. 1) Er kann die Sache so lange zurückbehalten, bis jener seine Verbindlichkeit erfüllt. (Ius retentionis). In diesem Falle percipirt auch der Proprietar in der Regel die Früchte selbst, bis die Caution bestellt ist [9]); sofern sie nicht etwa, nach der Natur des vermachten Nießbrauchs, zur nutznießlichen Substanz zu schlagen sind. Hierher gehört *L. 24. pr. D. de usufr. leg.* wo **Papinian** sagt: Uxori fructu bonorum legato, foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex SCto cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur, nominibus ab herede factis; tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur: aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur. Es ist hier von einem ususfructus omnium bonorum die Rede, welchen der Testator seiner Frau vermacht hatte, und die Frage, welche **Papinian** hier entscheidet, war, inwiefern der Legatarin die Zinsen von den zu dem Vermögen des Erblassers gehörigen Kapitalien gebührten? Unstreitig ist hier von dem Falle die Rede, wo der Haupterbe noch im Besitz des ganzen Vermögens war, wie **Berger** [10]) hier ganz richtig bemerkt hat. Dieses beweisen auch die Worte: *praestabitur* — *dabuntur*, ganz deutlich

9) *L. 13. pr. D. de usufr.*

10) Resolution. Legg. obstant. h. t. pag. 146. Siehe auch TITTEL Dcit. iss. §. 15.

deutlich. Papinian unterscheidet nun zwischen den Capitalien, welche noch von dem Testator selbst, und denen, welche erst von dem Erben sind ausgeliehen worden. In Ansehung der erstern macht Papinian nochmals einen Unterschied zwischen Zinsen, die schon vor der Cautionsleistung gefällig waren, und den erst nachher verfallenen Zinsen. Erstere erhält die Usufructuarin nicht, aber auch der Erbe lucrirt sie nicht; sondern sie werden als Capital berechnet, und gehören zur Substanz des Vermögens, wovon der Nießbrauch vermacht worden ist. Sie sind daher unter der zu leistenden cautio de restituendo mit begriffen. Letztere hingegen müssen der Legatarin berechnet werden, und sie braucht solche nicht zu restituiren. In Rücksicht der von dem Erben ausgeliehenen Capitalien entscheidet Papinian für diesen. Der Haupterbe genießt sie, bis die Caution geleistet wird, und restituirt sie erst von der Zeit an, da er selbst in mora ist. 2) Hat der Proprietar die Sache schon übergeben, so kommt ihm wegen der Caution ein doppeltes Rechtsmittel zu. Er kann entweder die Sache durch die Reivindication zurückfordern, bis die Caution geleistet ist, oder durch die condictio incerti auf Bestellung der Caution dringen [11]). Dem Proprietar kann deshalb keine Einrede der Verjährung entgegengesetzt werden. Denn die Verpflichtung des Usufructuars bleibt fortdauernd, so lange der Nießbrauch währt [12]). In Ansehung der Früchte

Ii 3 pflegt

11) *L. 7. pr. D. h. t.* Heut zu Tage wird eine bloße Imploration des richterlichen Amts schon für hinreichend gehalten. S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 2. Th. §. 459. S. 253.

12) VOET Comment. h. t. §. 11.

pflegt man hier insgemein einen Unterschied zu machen, zwischen solchen, welche der Usufructuar percipirt hat, ehe die Caution von ihm verlangt wurde, und den nachher gezogenen Früchten. Nur die erstern soll der Usufructuar behalten, die letztern nicht [13]). Allein die *L. 7. pr. D. h. t.* sagt kein Wort von einer Restitution der Früchte. Si usus fructus nomine re tradita, satisdatum non fuerit: *Proculus* ait: posse heredem *rem vindicare*, et si objiciatur exceptio, de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit; (scil. *de satisdatione nondum praestita*) quae sententia habet rationem. Sed et *ipsa stipulatio* (i. e. *cautio*) *condici poterit*. Daher behaupten Cocceji [14]) und Westphal [15]) mit Recht, daß der Usufructuar die vor der Cautionsbestellung percipirten Früchte nicht zu restituiren schuldig sey [16]). Nur die Früchte a die litis contestatae sind mit

13) VOET h. t. §. 3. in fin. TITTEL Diss. cit. §. XI. LYNCKER Diss. de cautione usufr. §. 32 et 33.

14) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

15) De libert. et servitut. praed. §. 697. not. 924. et §. 699.

16) Im *Code civile Napoleon* Art. DCIV. kommt eine merkwürdige Stelle hierüber vor: *Le retard de donner caution ne prive pas l'usufruitier des fruits, auxquels il peut avoir droit; ils lui sont dus du moment, ou l'usufruit a été ouvert.* DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY dans les Pandéctes françaiſ. Tom. V. pag. 283. machen dabey die Bemerkung: Suivant le Code civile le proprietaire pourra de meme empêcher l'usufruitier de se mettre en possession, jusqu'à ce, qu'il ait donné caution, mais les fruits ne feront pas moins dus à ce dernier, à compter de l'époque l'ouverture de l'usufruit; et si le propriétaire les a perçus, il sera tenu de les lui restituer aussitôt, que la caution sera reçue.

mit Anton Faber[17]) billig auszunehmen. *Non tantum fructus suos facit*, sagt dieser große Civilist, *sed etiam lucratur fructuarius, quos percepit non modo ante praestitam nec petitam satisdationem, sed etiam post petitam eam, dum ne lis eo nomine contestata sit. — Heredi enim non alia hic datur actio, quam vindicatio, et quidem non ususfructus aut fructuum, sed ipsius rei fructuariae. In quo iudicio vindicationis non alii fructus restituendi sunt arbitrio iudicis, quam qui percepti fuerunt a die litis contestatae*, L. 20. D. de rei vindic. *scilicet cum bonae fidei possessor fuit.* L. 22. C. eod. *Atqui plus quam bonae fidei possessor est, nec malae fidei possessor dici potest is, cui res fuit tradita a vero domino.* L. 8. D. pro emtore.

§. 657.

Auf welche Art ist die usufructuarische Caution zu leisten?

Soviel hiernächst die Art der Cautionsleistung betrifft, so wird in der Regel eine Sicherstellung durch Bürgen erfordert. Denn die Gesetze reden überall von einer Satisdatio[18]); und Paulus[19]) sagt ausdrücklich: Fructuarius *fideiussoribus oblatis* cavere cogetur. Kann der Nutznießer keine tüchtige Bürgen stellen, so hat der Richter aus den Umständen, und zwar theils nach der Beschaffenheit der Person, theils aus der Größe und Beträchtlichkeit des

17) Rational. in Pandect. Tom. II. P. II. ad L. 7. D. h. t. pag. 182.

18) *L. 13. pr. D. de usufr. L. 5. §. 1. D. h. t.*

19) *Recept. Sentent. Lib. III. Tit. VI. §. 27.*

Gegenstandes zu bestimmen, ob in dem gegebenen Falle einer Caution durch Pfand, oder der juratorischen Statt gegeben, oder ob nicht vielmehr die Sache sequestrirt, und dem Nutznießer, anstatt des Selbstgenusses, die Früchte verrechnet, oder das Gut an einen Dritten verpachtet, und dem Usufructuar die Pachtgelder, als Surrogat der Früchte, überlassen werden sollen [20].

§. 658.

Wirkung der usufructuarischen Caution. Kann der ususfructus wegen Mißbrauchs der Sache eingezogen werden?

Die Wirkung der Caution besteht nun darin, daß wenn die Bedingung derselben eintritt, mit der daraus entspringenden *actio ex stipulatu* sowohl gegen den Fructuar, und desselben Erben, als auch gegen den Bürgen auf Leistung dessen geklagt werden kann, was durch diese Caution ist zugesichert worden. Da nun aber die usufructuarische Caution, wie wir oben (§. 653.) bemerkt haben, zwey Clauseln enthält, nämlich 1) die Sache ordnungsmäßig zu gebrauchen, und 2) sie nach beendigtem Nießbrauche zurück zu geben, so entsteht daraus der Unterschied, daß wenn jener ersten Clausel entgegen gehandelt wird, sogleich auf Entschädigung geklagt werden kann, ohne damit anstehen zu dürfen, bis der Nießbrauch beendiget ist; ja es kann so oft geklagt werden, als die Bedingung derselben aufs neue eintritt; dahingegen auf Restitution der Sache nicht eher aus dieser Caution geklagt werden kann, als wenn

20) VOET Comm. h. t. §. 3. HOFACKER Princ. iuris civ. Tom. II. §. 1138.

wenn der Nießbrauch geendiget ist. Ulpian macht uns selbst auf diesen Unterschied aufmerksam, wenn er *L.* 1. §. 6. *D. h. t.* sagt: Habet autem stipulatio ista duas causas: unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur; aliam de usufructu restituendo: *quarum prior statim committetur, quam aliter fuerit usus, et saepius committetur; sequens committetur, finito usufructu.* Hieraus ist die Streitfrage zu entscheiden, ob der Ususfructus durch Mißbrauch verwirkt werde? Die meisten Rechtsgelehrten [21]) stimmen nun zwar mit vollkommenem Grunde für die verneinende Meinung. Allein viele [22]), denen

21) *Ian. a* COSTA Comm. ad. §. 3. I. de usufr. *Io. Iac.* WISSENBACH Comm. ad Institut. Disputat. XII. §. 16. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. IV. §. 11. *Io.* HARPPRECHT Commentar. ad §. 3. I. de usufr. nr. 59. sqq. *Io.* D'AVEZAN Servitut. libr. P. VIII. bey MEERMAN T. IV. pag. 209. *Ger.* NOODT de usufr. Lib. II. cap. 9. *Iv. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. Lib. VII. Tit. IV. §. 8. HEINECCIUS in Not. ad VINNII Comment. ad §. 3. nr. 2. I. de usufr. WESTPHAL de lib. et servitut. praed. §. 690. not. 614. HOFACKER Princ. iur. civ. T. II. §. 1124. not. k. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 622. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 427. pag. 191. Noch sind folgende besondere Schriften zu bemerken: *Ge. Fr.* KRAUS Diss. usumfructum male utendo non amitti. *Vit. 1762.* *Chr. Henr.* BREUNING Diss. an servitus ususfructus amittatur abusu. *Lips. 1771.* und *Io. Fr.* FLEISCHMANN Diss. de abusu rei fructuariae, modo tollendi usumfructum spurio *Altorfii 1778.*

22) STRYK Us. mod. Pand. Lib. VII. Tit. 4. §. 6. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. II. Tit. 3. Th. 24. nr. II. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 967. WALCH Controv. iuris Sect. II. cap. 3. §. 16. DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY Pandectes français. Tom. V. pag. 324 u. a. m.

denen auch Hellfeld beystimmt, suchen das Gegentheil zu vertheidigen. Manche Rechtsgelehrten haben einen Mittelweg eingeschlagen. Einige[23]) derselben nehmen zwar als Regel an, daß der Nießbrauch durch Mißbrauch nicht verloren gehe, sie nehmen aber den Fall aus, wenn dem Usüfructuar ein bestimmter modus der Nutznießung vorgeschrieben worden, und er hätte diese Norm überschritten. Andere[24]) behaupten, daß die Nutznießung in dem Falle durch Mißbrauch verwirkt werde, wenn dem Eigenthümer dadurch ein unwiederbringlicher Schaden zugefügt worden wäre. Noch andere[25]) geben zu, daß nach dem Pandectenrechte der ususfructus durch Mißbrauch nicht verloren gehe, allein in dem neuern Recht (Avth. *Qui rem.* Cod. de sacros. Eccles.), sey jenes Recht abgeändert. Unter allen diesen Meinungen ist nur die erste den Gesetzen des Röm. Rechts gemäß. Ulpian lehrt *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* unwidersprechlich, daß durch Mißbrauch zwar Forderungen auf Entschädigung veranlaßt werden, welche der Proprietar sofort geltend machen kann, aber der

23) VOET Comm. Lib. VII. Tit. 4. §. 5. VINNIUS Comm. ad §. 3. I. de usufr. nr. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. Tit. Quib. mod. ususfr. amitt. §. 5. *Corn. van* ECK Dig. eod. tit. §. 5.

24) *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. III. §. 372. in fin. Allein Madihn sagt selbst: *quod tamen* (sc. ut proprietarius *irreparabile damnum* per abusum sentiat) *propter cautionem ab usufructuario faciendam, et propter administrationem in casu deficientis cautionis alteri relinquendam vix cogitari poterit.*

25) *Ant.* FABER Cod. Definition. forens Lib. III. Tit. 23. Def. 2.

der Nießbrauch selbst werde deswegen nicht aufgehoben. Utilius autem visum est, sagt er, stipulatione de hoc caveri, ut, *si quis non viri boni arbitratu utatur*, committetur stipulatio statim, *nec exspectabimus, ut amittatur ususfructus.* Ja Ulpian sagt gleich nachher: *stipulatio saepius committetur.* Wie können die Gegner dieses mit ihrer Meinung vereinigen? Und doch berufen sie sich selbst auf diese Stelle! Die *L.* 9. §. 5. *D. de damno infecto* handelt von einem besondern Falle, da nämlich der Usufructuar sich weigert, die von ihm verlangte cautio damni infecti zu leisten, welcher an einem andern Orte (§. 641. b nr. IX.) vorgekommen ist. Hier treten besondere Verhältnisse ein [26]. Wenn man den §. 3. *I. de usufr.* wider uns gebraucht, so zeugt dieses von einer ganz unrichtigen Erklärung der Worte: *non utendo per modum et tempus.* Denn Justinian bezieht sich hier selbst auf seine Constitution, (*L.* 16. *C. de usufr.*) welche nicht vom abusus, sondern vom *non usus* redet. (§. 641.) Endlich, daß die angeführte *Auth.* eine Abänderung des Pandectenrechts enthalten soll, ist ein leerer Traum. Sie redet von verpachteten und zur Emphyteuse gegebenen Kirchengütern!! Ich rede jedoch bloß vom Römischen Recht, wenn ich behaupte, daß der Ususfructus durch Mißbrauch nicht verwirkt werde. Nach neuern Rechten kann freylich jetzt ein Anders Statt finden, wozu uns der *Code Napoleon* einen wichtigen Beleg giebt, in welchem Art. 618. die merkwürdige Verordnung vorkommt: L'usufruit peut aussi cesser *par l'abus*, que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur les fonds, soit en les laissant dépérir faute d'entretien.

Zum

26) S. WESTPHAL cit. lib. §. 250. §. 271. sqq.

Zum Beschluß ist noch zu bemerken, daß, außer der Caution, der Proprietar auch noch dies verlangen kann, daß über alle diejenigen Sachen, deren Nutznießung eingeräumt wird, ein beglaubtes Verzeichniß errichtet werde, damit dereinst, wenn sich der Nießbrauch endiget, ein gültiger Beweis darüber vorhanden sey, was der Usufructuar erhalten, und was er nun zu restituiren hat. In dem Römischen Rechte wird zwar nur die Errichtung eines solchen Inventars angerathen, wie aus *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* zu ersehen ist, wo Ulpian sagt: *Recte autem facient* et heres et legatarius, qualis res sit, cum frui incipit legatarius, *si in testatum redegerint*, ut inde possit apparere, an et quatenus rem pejorem legatarius fecerit. Es ist also hier keine schlechterdings gebietende Vorschrift ertheilt, weil der Beweis dessen, was zu Anfang des Nießbrauchs existirt hat, auch auf andere Art geführt werden kann. Allein im *Code Napoleon* ist die Errichtung eines Inventars gesetzlich vorgeschrieben, um allen künftigen Streitigkeiten vorzubeugen, welche sonst über den Betrag und die Beschaffenheit des zur Nutznießung erhaltenen Gegenstandes entstehen könnten. Es heißt nämlich Articl. 600. L'usufruitier prend les choses dans l'état ou elles sont; mais il ne peut entrer en jouissance, qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujects à l'usufruit. Man hat darüber gestritten, ob nicht der Testator dem Usufructuar beym Vermächtniß des Nießbrauchs die Verbindlichkeit zur Errichtung eines Inventars erlassen könne. Die Verfasser der französischen Pandecten [27]) läugnen es. *En léguant l'usu-*

27) Les Pandectes françaises par *I. B.* DELAPORTE et *P. N.* RIFFÉ-CAUBRAY Code civil. Tom. V. pag. 273. sqq.

l'usufruit seulement, sagen sie, *il a voulu conserver la propriété a son béritier. Il y a donc contradiction dans la disposition, par la quelle il interdit les formalités conservatrices de cette propriété.* Allein nach dem Sentiment eines Treilhard, Cambacérès und Malleville ist die bejahende Meinung im Staatsrathe gebilliget worden [28]).

28) S. les Pand. franc. a. a. O. Diese merkwürdige Stelle lautet folgendermaßen. *On a demandé, lors des discussions au Conseil, si un testateur, en léguant l'usufruit, pouvait décharger le légatair de l'obligation de faire cet inventaire, et déclarer, que, dans le cas, où l'béritier ne voudrait pas se soumettre à cette disposition, il lègue la propriété. On a cité un jugement récent du tribunal d'appel de Paris, qui, dans ce cas, avait ordonné l'inventaire aux frais de l'béritier. Le Conseiller d'Etat,* TREILHARD, *a répondu, qu'il y avait lieu de douter, que le jugement invoqué eût été rendu dans cette espèce, parce qu'il est évident, qu'une pareille clause est valable; que le testateur, qui pouvait d'abord donner la propriété, peut, à plus forte raison, dispenser son légataire des conditions ordinaires imposées à la jouissance de l'usufruitier. Cette reponse ne nous paraît pas, a beaucoup près, péremptoire. Il n'est pas douteux, que le testateur a eu le droit de léguer la propriété; mais il ne l'a pas fait; il a seulement légué un usufruit. De ce, qu'il a pu léguer la propriété, suit-il, qu'il peut affranchir le legataire d'usufruit des formalités essentielles au droit qu'il lui attribue? il nous semble que non. — Nous pensons, en conséquence, que le jugement cité peut avoir été justement rendu dans l'espèce proposée. Le tribunal s'est conformé aux vrais principes, en matière de testament, en donnant à la disposition tout l'effet, qu'elle devait avoir. Cependant le Consul* CAMBACÉRÈS *a approuvé la réponse de M.* TREILHARD. *M.* MALLEVILLE *a été du même sentiment; et l'on voit, par le procès-verbal, que le Conseil a regardé la clause, dont il s'agit, comme valable.*

Justin.

Zusätze und Verbesserungen.

S. 28. Not. 80. ist hinzuzufügen. **Wieling** hat jedoch in seinen Lectionib. iuris civ. Lib. II. cap. 1. seine Meinung geändert, und die von ihm sonst gebilligte Emendation selbst wieder verworfen.

S. 41. Not. 11. ist zur Erläuterung der daselbst angeführten *L. 18. D. Commun. praedior.* noch folgendes hinzuzufügen. Aus der ganzen Fassung dieser Stelle ergiebt sich, daß eigentlich nach der Regel des strengen Rechts erfordert werde, daß alle Miteigenthümer zu gleicher Zeit ihre Einwilligung ertheilen müssen, wenn dem praedio communi eine Servitut aufgelegt, und demselben eine Servitut erworben werden soll. Die Concession des einen ohne den andern ist für so gut, als nicht geschehen, zu halten. *L. 34. pr. D. de Servitut. praed. rustic. L. 2. D. de Servitut.* Von dieser Strenge des Rechts ist man nachher abgewichen, und hat den Grundsatz angenommen, daß wenn auch nicht alle Miteigenthümer zugleich ihre Einwilligung gegeben haben, dennoch durch die nachher erfolgte Einwilligung des andern Miteigenthümers die frühere Concession des erstern ihre Gültigkeit erhalte, nicht anders, als ob sie jetzt beyde zugleich die Servitut constituirt hätten. Warum die Concession des letztern hier keine retrotractive Wirkung habe, sondern unnütz sey, wenn dieselbe erfolgt, nachdem schon der erste Constituent gestorben war, oder seinen Antheil veräußert hatte, ist streitig. *Em.* MERILLIUS Differentiar. iuris. Cap. 7. führt zum Grunde an, quod servitutes in iure consistant, res iuris autem non facile retrotrahantur. Allein der Grund liegt hier in der Natur der Sache selbst. Posterior enim actus confirmat priorem, non prior posteriorem. Mit Recht sagt daher *Io. Conr.* RÜCKER Interpretation. iuris civ. Lib. I. cap. 2 pag. 171. *Ideo fingitur eos pariter cessisse, non tunc, cum prior, sed tunc, cum posterior cederet; quia eo tempore, quo prior cedebat, ne quidem verum erat, omnes cessisse, adeoque inepte fingeretur, eos tunc plane pariter cessisse: at, cum postremus cedit, verum demum est, omnes cessisse: iam demum igitur cessionem pariter factam esse, commode fingi potest.* Ob diese Fiction aus der Billigkeit des prätorischen Rechts herzuleiten, oder durch die Interpretation der Rechtsgelehrten, oder durch die Disputatio fori eingeführt sey, ist ebenfalls streitig. Das Erstere behaupten MERILLIUS a. a. O. und *Franc.* HOTMANUS Lib. VII. Observat. 2. denen auch *Abr.* WIELING Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 21. beystimmt. Das letztere aber RÜCKER cit. loc. S. 172. welche Meinung mit dem Ausdruck: *Receptum*

est

eſt beſſer übereinſtimmt. S. BRISSONIUS v. *Receptus.* et *Recipere* n. 6. Aus dieſem allen ergiebt ſich zugleich, daß die Worte: *ſed perinde babetur, atque ſi poſt, cum poſtremus cedat, omnes ceſſiſſent,* gar keiner Emendation bedürffen, ſondern mit der ganzen Rede in dem beſten Zuſammenhange ſtehen. Mit Recht iſt daher die Emendation des *Siegm. Reich.* JAUCHIUS, welcher in Meditat. critic. de negationibus, quae in Pandectis Florentinis abundant vel deſunt. Cap. XVI. nr. 4. *Nec perinde babetur* leſen will, von RÜCKER c. l. pag. 175. ſqq. und WIELING l. c. pag. 73. Not. *. verworffen worden. Man ſ. noch *I. B.* KOEHLERI Interpretat. et Emendat. Iur. Rom. Lib. II. cap. 5.

S. 189. Not. 37. ſind noch hinzuzufügen: *Iac.* CUJACIUS in Comm. ad L. 19. D. de Uſu et uſufr. leg. Tom. I. Oper. pag. 1435. und *Chriſt. Gottb.* HÜBNER in Comment. ad Titulum Digeſtor. de rebus dubiis. P. I. *Lipſiae 1802.* 8. Cap. II. Not. 140. pag. 138.

S. 191. Z. 6. iſt nach den Worten arbitratu noch Folgendes hinzuzufügen. Man wendet zwar ein, die *L. 19. D. de uſu et uſufr. leg.* ſey aus Modeſtins *libro Eurematicorum* genommen, worin er nur Cautelen gegen Mißdeutungen an die Hand gegeben, welche die ſtrenge Auslegung der Vermächtniſſe ſonſt leicht veranlaſſen konnte. Allein dieſe Cautel ſey nun nicht mehr nöthig, nachdem man auch bey der Auslegung der Vermächtniſſe bloß auf den Willen des Teſtirers zu ſehen habe. Die Worte des Modeſtins: *Interdum plus valere ſcripturam, quam actum ſit* deuteten ſelbſt auf die ehemalige ſtrenge Interpretation der Vermächtniſſe hin. Allein, es war einmal allgemein anerkannter und feſtgeſetzter Sprachgebrauch, daß das Wort fundus das volle Eigenthum des Gutes mit Inbegriff des Nießbrauchs andeutet. *L. 56. §. 7. L. 58. D. de verbor. oblig. L. 6. D. de uſufr. ear. rer. quae uſu conſum. L. 10. D. de uſufr. leg.* Dieſen Sprachgebrauch kannte jeder Römer, und dieſem gemäß mußte auch ſein letzter Wille erklärt werden, wenn er nicht ſelbſt deutlich erklärt hat, daß er die bloße Proprietät vermacht haben wolle. Non enim ex opinionibus ſingulorum, ſed ex communi uſu nomina exaudiri debere, ſagt Servius *L. 7. §. 2. D. de ſupellect. leg.* Et quotiescunque non ambigitur, quin vocabulum, quo uſus eſt teſtator, aliquid comprehendat, aut non comprehendat, qualiscumque fuerit mens et voluntas teſtatoris, a ſcripto non eſt recedendum hat hierbey AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. III. cap. 18. nr. 5. richtig bemerkt. Unſtreitig war den Verfaſſern der Pandecten die im Jah 531. erlaſſene *L. 2. C. Commun. de l[illegible]at.* ſchon bekannt, und dennoch ſollten ſie ſo viele Stellen unabgeändert gelaſſen haben, die hiernach hätten abgeändert werden müſſen?

S. 283. nr. 2. lit. a. Z. 6. iſt ſtatt *ad te* zu leſen *ad me.*

S. 358. Not. 89. muß nach Obſervat. noch Lib. I. eingeſchaltet werden.

Gedruckt
bey Adolph Ernst Junge.



